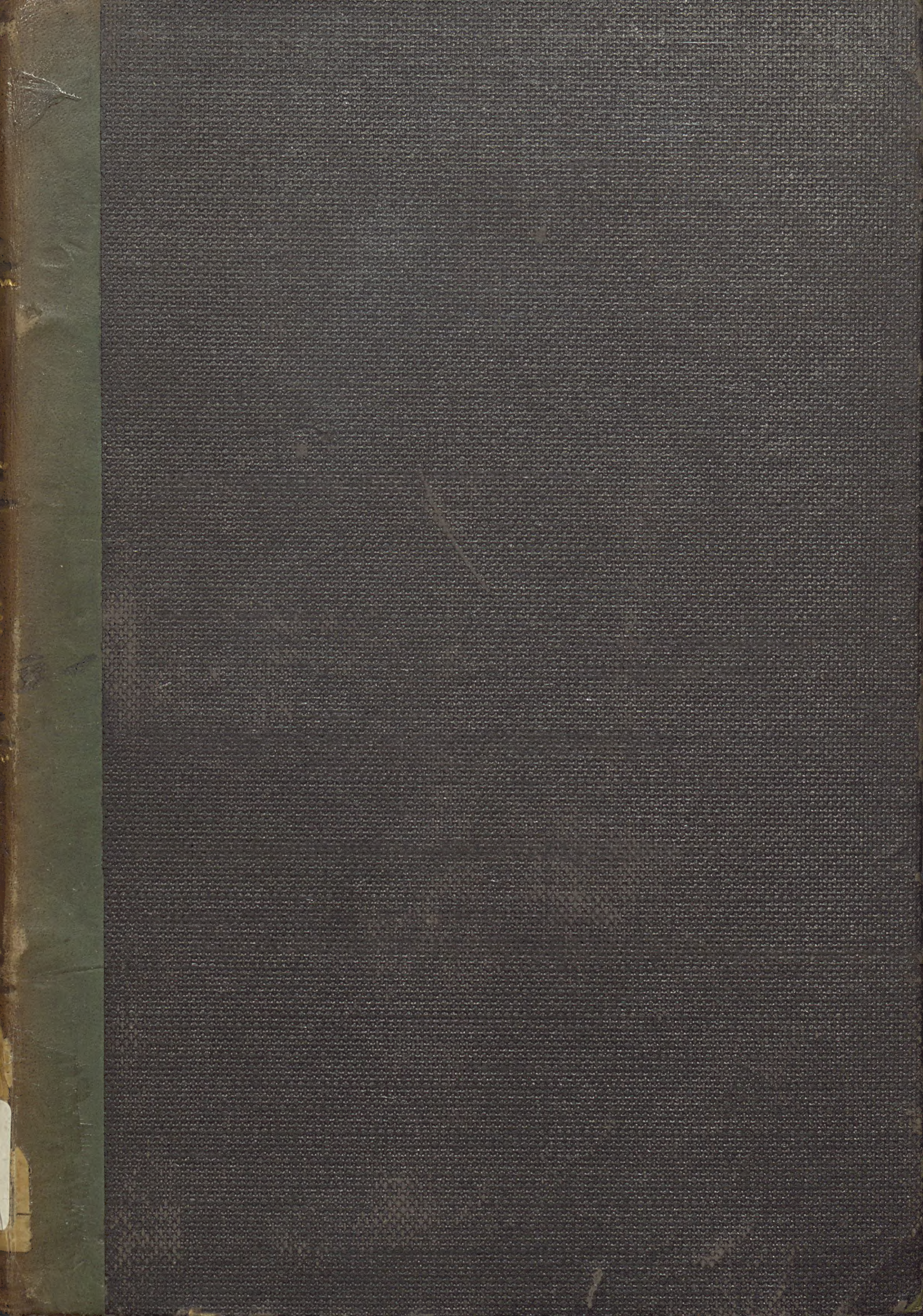
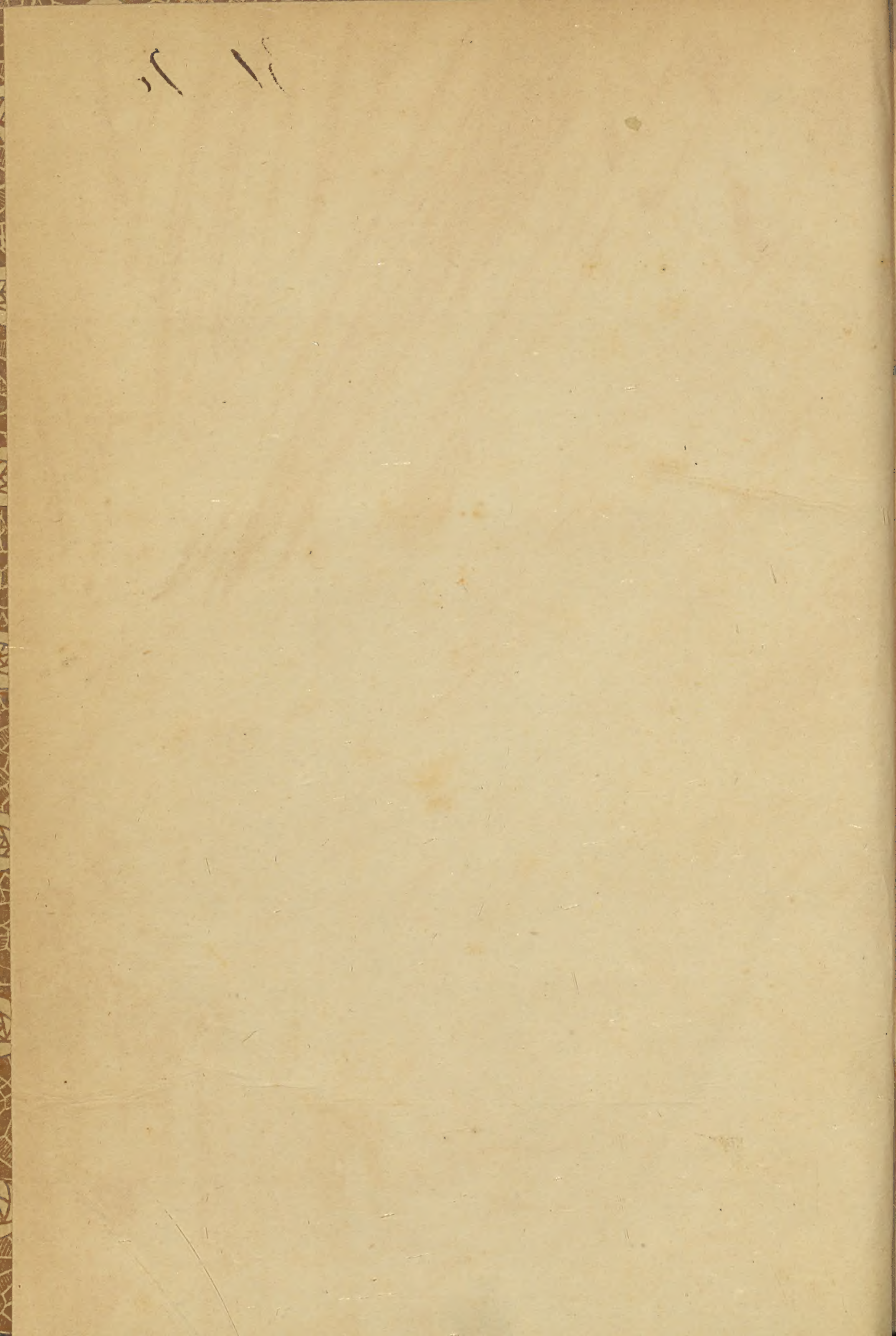








PROLEGÓMENOS DEL DERECHO, HISTORIA Y ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO,

POR

D. JULIAN PASTOR Y ALVIRA,
CATEDRÁTICO DE ESTA ASIGNATURA EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID.

PARTE TERCERA.

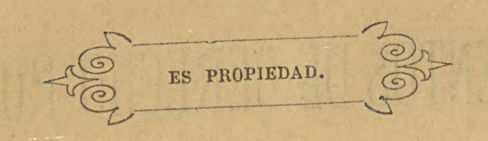
ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO.

TOMO I

REIMPRESO.

MADRID.
IMPRENTA DE ALEJANDRO GÓMEZ FUENTENEBRO,
Bordadores, 10.

1881.



ADVERTENCIA.

Agotada la primera edicion de este tomo, se ha hecho necesario reimprimirle ántes de publicar el segundo.

ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO

SEGUN EL ÓRDEN

DE LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

ELEMENTOS

DE DERECHO ROMANO

SEGUN EL ÓRDEN

DE LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

TÍTULO PRELIMINAR.

Justiniano había sancionado en 529 el Código de su nombre que comprendía las Constituciones imperiales *(leges)*, y tenía próxima á concluirse la recopilacion de la literatura jurídica *(jus)* en las Pandectas. No satisfecho con estas dos colecciones, que abrazaban todas las fuentes del Derecho, mandó en 533 á Triboniano, Teófilo y Doroteo que escribiesen unas Instituciones destinadas á la enseñanza, cuya obra debía reunir los principios generales de la ciencia y de la legislacion, ordenados sistemáticamente, y tener carácter de ley.

Sin desconocer la solicitud del Emperador por el aprovechamiento de la juventud, pudo impulsarle á ordenar este nuevo trabajo el deseo de prevenir extractos no bien meditados que alterasen la doctrina de sus voluminosas compilaciones.

De todos modos es funesto que el legislador establezca bajo su autoridad los principios científicos; ya porque dificulta su desenvolvimiento, ya porque cuando el progreso de las ideas demuestra lo erróneo de los principios anteriores, queda malparado el prestigio del legislador.

No era nueva la idea de Justiniano. Desde que las leyes se multiplicaron con las Constituciones imperiales, y el Derecho llegó á ser una ciencia, los jurisconsultos clásicos escribieron, bajo el título de *Instituciones*, tratados en que exponían sucinta y metódicamente los elementos de la Jurispru-

dencia. En el Digesto encontramos fragmentos de las que publicaron Gayo, Florentino, Calistrato, Paulo, Ulpiano y Marciano; y en el siglo presente hemos recuperado casi por completo las del primero.

Triboniano y sus compañeros desempeñaron el cometido en pocos meses; de manera que en 21 de Noviembre del mismo año, un mes ántes que el Digesto, fueron publicadas las Instituciones, si bien no comenzaron á obligar hasta el mismo dia que aquél, ó sea en 30 de Diciembre de 533.

Llama desde luego la atencion que en tan corto tiempo pudiera concluirse un trabajo sumamente difícil si ha de ser bien desempeñado, por más que Teófilo y Doroteo viniesen consagrados á la enseñanza; pero hoy que conocemos las Instituciones de Gayo, podemos explicarnos aquella rapidez, pues vemos que los comisionados no hicieron un trabajo original.

En efecto, cotejadas las Instituciones de Justiniano con las de Gayo, encontramos que para la redaccion de las primeras se tomaron las segundas por base fundamental. Siguieron la misma division, el mismo órden de materias, y hasta son en su mayor parte una reproduccion literal, salvo las omisiones y sustituciones que exigían las nuevas leyes dictadas en el transcurso de trescientos años que medió entre unas y otras. Algo tambien, pero muy poco, tomaron los redactores de las *Res quotidianæ* del mismo Gayo y de las Instituciones de Ulpiano, Florentino y Marciano. Veamos ahora su estructura y contenido.

Precede á las Instituciones un *Procœmium* dirigido á la juventud que se consagraba al estudio del Derecho. En él manifiesta Justiniano cuán necesario es que la majestad imperial se apoye, no sólo en las armas, sino tambien en las leyes. Se congratula de haber obtenido con el favor de Dios estos dos resultados: el primero, con sus victorias, el segundo, por medio de la confeccion del Código y Digesto. Expone el fin que se propuso al mandar escribir las Instituciones compuestas de todas las antiguas, y principalmente de las de Gayo; á cuyo trabajo, despues de haberle leido y meditado, le da todo el valor legal que á sus demas Constituciones. Termina recomendando el estudio de su nueva obra á los jóvenes para que puedan ser capaces de tomar en el gobierno del Estado la parte que se les confie.

Hé aquí sus palabras:

INSTITUTIONUM D. JUSTINIANI

PROŒMIUM.

In nomine Domini nostri Jêsu-Christi. — Imperator Cæsar Flavius Justinianus, Alamannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclitus, Victor ac Triumphator, semper Augustus, cupidæ legum juventuti.

Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus præliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

Quorum utramque viam cum summis vigiliis et summa providentia, annuente Deo, perfecimus.

Et bellicos quidem sudores nostros barbaricæ gentes sub juga nostra deductæ cognoscunt; et tam Africa, quam aliæ innumerosæ provinciæ post tanta temporum spatia nostris victoriis, à cœlesti numine præstitis, iterum ditioni Romanæ nostroque additæ imperio protestantur.

Omnes vero populi legibus tam à nobis promulgatis quam compositis reguntur.

Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam et ad immensa prudentiæ veteris volumina, et opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, cœlesti favore jam adimplevimus.

Cumque hoc Deo propitio peractum est, Triboniano, viro magnifico, magistro et exquæstore sacri palatii nostri, nec non Theophilo et Dorotheo, viris illustribus, antecessoribus (quorum omnium sollertiam et legum scientiam et circa nostras jussiones fidem jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Institutiones: ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, et tam aures quam animæ vestræ nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis accipiant; et quod in priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent, hoc vos à primordio ingre-

d'amini, digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat.

Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quos omnes jus antiquum collatum est (quos per eundem virum excelsum Tribonianum, nec non ceteros viros illustres et facundissimus confecimus), in hos quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa, in quibus breviter expositum est, et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et præcipue ex commentariis Caii nostri tam Institutionum quam rerum cotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, cum tres prædicti viri prudentes nobis obtulerunt, et legimus, et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur eis accommodavimus.

Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse etiam nostram rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernare.

Data undecimo kalendas decembris, Constantinopoli, domino nostro Justiniano perpetuo augusto tertium consule.

A continuacion de este preámbulo sigue el texto de las Instituciones, que irémos transcribiendo literalmente á medida que vayamos exponiendo las materias. Se dividen en cuatro libros: los libros se subdividen en títulos; y éstos en párrafos numerados correlativamente, excepto el primero de cada título que no lleva número, y se le designa con el nombre de *principium ó párrafo inicial.*

Las materias que comprende cada uno de los cuatro libros son las siguientes:

Libro 1.° Títulos 1.° y 2.°, doctrinas generales: 3 al 26, diferentes estados de las personas, y doctrinas relativas á la tutela y curaduría.

Libro 2.° Título 1.° al 9, dominio, algunas de sus desmembraciones, y medios singulares de adquirir estos derechos; 10 al 25, herencias testamentarias.

Libro 3.° Título 1.° al 12, herencias *ab intestato* y otras clases de sucesiones universales; 14 al 29, obligaciones que provienen de un contrato, ó como de un contrato.

Libro 4.° Título 1.° al 5, obligaciones que proceden de delito ó como de un delito: 6 al 16, acciones y procedimientos: 17, derecho criminal.

¿Es conforme al buen método el órden en que se suceden

las materias y la distribucion de éstas en sus cuatro libros?

El criterio que ha presidido en la colocacion respectiva de los tratados ha sido la doctrina romana de que *todo el Derecho se refiere ó á las personas, ó á las cosas, ó á las acciones*; principio que Gayo recuerda como punto de partida al empezar sus Instituciones (1) y Justiniano copia en las suyas (2). Este plan deja mucho que desear considerado científicamente; pero nos hemos decidido á seguirle: 1.º Porque entendemos que el Derecho Romano pierde mucho de su carácter especial desde el momento en que se altera su estructura para someter los tratados á un plan más filosófico, pero en el que desaparece el punto de vista bajo el cual los consideraban los romanos. 2.º Porque conceptuamos necesario el que los alumnos, desde que comienzan su carrera, se familiaricen con los textos legales y con las bién meditadas definiciones que insertan. 3.º Porque dentro del plan seguido por los romanos, pueden intercalarse las materias omitidas en las Instituciones, efecto sin duda de la precipitacion con que se redactaron. 4.º Porque en medio de tan diversas exposiciones como se han presentado modernamente, creemos que ninguna ha conseguido realizar el bello ideal que se proponía su autor.

Por el contrario, la distribucion que las Instituciones presentan, no puede justificarse. Desde luego sus redactores las dividen en cuatro libros, siguiendo la division en cuatro comentarios que contienen las de Gayo su modelo. Siguen tambien á éste en fraccionar el tratado de herencias, colocando en el libro segundo la testamentaria, y en el tercero la *ab intestato*; pero al ménos Gayo incluye en el libro tercero todo el tratado de obligaciones, y reserva íntegro el libro cuarto para las acciones y el procedimiento. No cabe atribuir tal separacion de materias sino al pueril deseo de que el volúmen de cada libro fuese próximamente igual. Respecto á la colocacion de los títulos, pudo y debió ser más ordenada; pero todavía la aceptarémos con las advertencias oportunas para evitar confusion. En lo que nos permitirémos alteraciones será en el órden de los párrafos de muchos títulos; porque esto no cambia el conjunto del plan, y es indispensable para dar unidad á la exposicion.

(1) Gayo, I, 8. (2) Inst, I, 2, § 12.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

1.° Nociones preliminares.—2.° Definicion de la Justicia.—3.° Definicion de la Jurisprudencia.—4.° Definicion del Derecho.—5.° Preceptos del Derecho.—6.° Division del Derecho.

1.° Nociones preliminares. — Los redactores de las Instituciones creyeron oportuno dar algunas ideas generales ántes de exponer el derecho constituido, y destinaron al efecto los dos primeros títulos.

En el presente definen la Justicia y la Jurisprudencia, resumen los preceptos del Derecho y clasifican éste.

En el título segundo reseñan las diversas fuentes de las reglas del Derecho en Roma, é indican el plan general que seguirán en la exposicion ulterior.

Los antiguos tratadistas se detenían en ampliar el contenido de estos títulos, porque entónces no se estudiaban préviamente ningunas otras materias jurídicas Hoy ya conocen debidamente los alumnos la doctrina del título primero por el estudio de los Prolegómenos, y la del segundo por el de la Historia; así que podemos y debemos circunscribirnos á marcar el concepto que de ambas formaron los romanos.

Para ello, y ántes de comenzar la exposicion del texto, creemos oportuno advertir: 1.° Que los romanos de los últimos tiempos, si bien conocían la diferencia entre el deber moral (*honestum*) y el jurídico (*licitum*) (1), no apreciaron que la circunstancia de ser exigible constituyera el carácter esencial del Derecho; ántes bien creyeron que el juez y el jurisconsulto debían inspirarse ante todo en la honestidad y en la equidad (2). 2.° Que el presente título no existe en las Instituciones de Gayo, y toda su doctrina figura en dos leyes del Digesto sacadas de las Instituciones y Reglas de Ulpiano (3).

(1) D. XXIII, 2, 42; L. 17, 42 y 144.

(2) D. XIII, 4, 4; XVI, 3, 31

(3) D. I, 1, 1 y 10.

3.º Que este jurisconsulto era sectario de la filosofía estóica, cuyos principios se reflejan en sus doctrinas. Veámoslas.

2.º DEFINICIÓN DE LA JUSTICIA.

§ inicial. *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens.*

La primera idea que los autores de las Instituciones tratan de inculcar en el ánimo del jurista, es la de la Justicia, porque á la realizacion de ésta debe consagrar sus tareas; el jurisconsulto es un *sacerdote,* cuya mision consiste en hacer mejores á los hombres (1).

Esta definicion equivale á decir: *La justicia es una virtud que da á cada uno su derecho*; pues, segun los principios estoicos, que el jurisconsulto profesaba, toda virtud exigía constante y perpetua voluntad. Suele censurarse que al frente de unas Instituciones de Derecho figure la definicion de la justicia filosófica ó moral, y nó la legal; pero es muy lógico, dado el concepto de los romanos acerca del Derecho.

Se fija la definicion en la *voluntad* y no en el *hecho*, porque ni obra justamente el que da á cada uno su derecho por temor á las leyes, ni hay injusticia cuando el no dar á cada uno su derecho proviene de imposibilidad material ó de no creerse obligado (2). Exige que esta voluntad sea *constante*, es decir, resuelta, no vacilante; pues no sería justo quien se hallase tan dispuesto á dar á cada uno su derecho, como á negárselo, áun en los casos en que de hecho lo verificase. Quiere que la voluntad sea además *perpetua*, nó en el sentido de que dure siempre, lo cual no es dado á la fragilidad humana, sino en el de que la resolucion de la voluntad no se halle limitada á tiempo determinado; así no sería justo el que formase resolucion inquebrantable de dar á cada uno su derecho, pero sólo el tiempo necesario para captarse la estimacion general. No limita, por último, el *derecho* á que debe extenderse la voluntad; porque en todos los negocios debe consultarse principalmente la equidad (3).

La justicia denominada *legal* es ménos extensa y ménos exigente. Se circunscribe desde luego á los derechos y á la forma y tiempo declarados por el Estado; pues así lo requiere el órden social. Respecto á la voluntad, se dice vulgarmente que prescinde de ella y toma sólo en cuenta si se han cumpli-

(1) D. I, 1, 1. (2) *Prolegómenos*, pág. 130. (3) D. L, 17, 30.

do ó nó las leyes ; pero esto no es exacto en absoluto. Cuando cumpliendo las leyes da uno á cada cual el derecho que éstas declaran , es con efecto justo legalmente , aunque lo haga con voluntad depravada; pero cuando deja de dar á cada uno el derecho declarado , es necesario conocer si esto procede ó nó de la voluntad, para calificar de injusto al que de esta manera se conduce , segun ántes se ha dicho.

3.° Definicion de la jurisprudencia.

§ 1.° *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia. justi atque injusti scientia.*

En la definicion de Justicia queda consignado cuál debe ser el propósito de que necesita estar animado el jurista: en la de Jurisprudencia se expresan los conocimientos que debe poseer para llenar cumplidamente su elevada mision. *Divinarum atque humanarum rerum notitia*: exige ante todo que el jurisconsulto tenga nociones de los grandes problemas objeto de la Filosofía , pues segun los estóicos la Filosofía era el conocimiento de las cosas divinas y humanas ; conocimiento preliminar indispensable para llegar á poseer la ciencia de lo justo y de lo injusto , la Filosofía del Derecho (1). Por esto, respecto á las cosas divinas y humanas se limita á *notitia*; pero de lo justo y de lo injusto requiere *scientia*.

4.° Definicion del derecho.—Extraño es que no se transcribiese la definicion que del Derecho da Ulpiano, cuando figura en el Digesto al lado de las doctrinas que se han tomado para este título (2). El Derecho , dice , es *ars boni et æqui*. Así como la Jurisprudencia es la ciencia especulativa que, utilizando los conocimientos filosóficos , tiene por objeto determinar en teoría lo que es justo ó injusto , el Derecho es el arte, la ciencia práctica, el conjunto de reglas y principios que sirven para realizar en la vida lo que la ciencia ha de-

(1) Ciceron: *De leg.*, I, 5.

(2) Puede sospecharse que esta omision proceda de que no se atrevieran á preferir ninguna de las varias acepciones que á la voz *jus* se da en el mismo título del Digesto que tenían á la vista. Segun Paulo , se aplica á lo que siempre es bueno y justo, como el derecho natural ; á lo que es conveniente para el mayor número, como el derecho civil ; á lo que establece el Pretor , derecho honorario; y hasta al lugar donde se administra justicia. Marciano dice , que la voz *jus* se emplea para significar la relacion de parentesco, v. gr.. *jus cognationis vel adfinitatis* (D. I, 1, 11 y 12). Nosotros hemos preferido la definicion de Ulpiano, porque la creemos en armonía con las demas doctrinas que para formar el presente título han tomado de este jurisconsulto las Instituciones.

mostrado ser *justo* y *bueno:* para que las reglas abstractas tengan aplicacion á los casos especiales que se ofrezcan en la práctica. De esta manera, continúa Ulpiano, procuramos los jurisconsultos mejorar la humanidad con el temor de las penas y el aliciente de los premios; concluyendo por exclamar: *Veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam afectantes* (1). Y no es de admirar la importancia que el jurisconsulto da á esta parte de la ciencia; porque sobre la dificultad que siempre lleva consigo, en los tiempos en que escribía se necesitaba más que nunca inmenso estudio y exquisito criterio para comprender y poder juzgar discretamente el sin número de teorías y opiniones contradictorias que se defendían por tantos y tan distinguidos escritores, al paso que la antigua legislacion escrita tenía de dia en dia ménos aplicacion. Bajo este punto de vista, el Derecho romano es el mejor modelo que pueden estudiar cuantos se dedican á la administracion de justicia.

5.° PRECEPTOS DEL DERECHO.—Para realizar lo bueno y lo justo, objeto del arte del Derecho, son necesarias tantas instituciones que ni áun en conjunto cabe presentar desde luego á los principiantes: mas como al propio tiempo desea el Emperador darles siquiera una idea general de la manera con que realiza el Derecho aquel fin, reduce á solos tres preceptos sencillos las reglas innumerables que la legislacion contiene. Veamos su razonamiento y doctrina:

§ 2.° *His generaliter cognitis, et incipientibus nobis exponere jura populi Romani: ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioqui, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus; duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, ejus sæpe etiam cum diffidentia, quæ plerumque juvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus, sine magno labore, et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.*

§ 3.° *Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

Para reducir á tres los preceptos del Derecho, se fija en el objeto sobre que recae.

Los medios de que el hombre dispone para cumplir su destino son, en primer término, su misma personalidad y facul-

(1) D. I, 1, 1.

tades: y despues la naturaleza física y la cooperacion de sus semejantes (1). Cuantas reglas jurídicas tienen por objeto declarar los derechos relativos á nuestra personalidad, se abrazan en el precepto de *no dañar á otro*. Las que consagran la propiedad individual, las desmembraciones de ésta y los servicios mutuos convenidos y áun á veces los no ofrecidos, se comprenden en el precepto de *dar á cada uno lo suyo*. Pero el Derecho sería incompleto si no contuviese las disposiciones que garantizan las buenas costumbres, prohibiendo los actos que sin dañar las personas ó los intereses materiales de un tercero, ofendan la pública honestidad: como, la bigamia, el matrimonio entre parientes muy próximos, cierta clase de juegos, los contratos cuyo objeto sea inmoral, etc.: por esto y por el concepto que los romanos tenían del Derecho, se añade oportunamente el precepto de *vivir honestamente* (2). Por lo demas, si se les generaliza, el primero está comprendido en el segundo, y ambos en el tercero.

6.° Division del derecho.—No se proponen las Instituciones presentar un cuadro de todas las clasificaciones que bajo distintos conceptos pueden hacerse del Derecho (3), sin duda porque temen que esto pudiera agobiar la inteligencia de los jóvenes; sino dividir el Derecho en solas dos ramas, para que comprendan cuál de ellas va á ser objeto de su estudio inmediato. Así dicen:

§ 4.° *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod statum rei Romanæ spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato quod tripertitum est. Collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

Ulpiano, de quien se tomó esta division, como todo el contenido del título, la razona á continuacion, diciendo: *Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.* Con esto se comprende bien la línea que separa al derecho público del privado. Pertenecen al derecho público *todas aquellas reglas que tienen por objeto las instituciones conducentes para que se realicen los fines colectivos del Estado;* por esto enumera como tales las referentes al culto, al sacerdocio y á la organizacion política y administrativa. Constituyen á su vez el

(1) *Proleg.*, pág. 29. (2) *Proleg.*, pág. 37 á 39. (3) *Proleg.*, pág. 134.

derecho privado *las reglas que tienen por objeto determinar la capacidad de las personas, la extension y el ejercicio de sus derechos, como medio para que realicen los fines individuales comunes en la vida;* y en este sentido, dice el texto, que se refiere *á la utilidad de los particulares*, nó porque dejen de ser útiles á cada ciudadano las leyes del derecho público.

Ahora bien, siendo preferibles los fines colectivos á los individuales, vemos con razon sancionado el principio de que *las reglas de derecho público no pueden ser alteradas por convenios particulares* (1).

Trazada así la separacion entre el derecho público y el privado, manifiesta Justiniano que las Instituciones solamente van á exponer el último, cuyas reglas se han tomado del *derecho natural,* del de *gentes* y del *civil,* reservándose para el título siguiente determinar qué entiende por cada uno de estos tres derechos.

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DEL DE GENTES Y DEL CIVIL.

1.° Razon del plan.—2.° Distincion entre el derecho natural, el de gentes y el civil.—3.° Division del derecho civil en escrito y no escrito.—4.° Clases de derecho escrito.—5.° El derecho no escrito.—6.° Objetos de que se ocupa el derecho privado.

1.° Razon del plan.—Al concluir el título anterior consignó Justiniano que nuestro estudio va á circunscribirse al derecho privado, y que éste se funda ó en principios del natural, ó del de gentes ó del civil: era, pues, indispensable que nos manifestase lo que entendia por cada uno de ellos. A su vez el derecho civil ha sido constituido ya por medio de la legislacion escrita, ya por la costumbre: se cree, por tanto, en el caso de exponer las diversas fuentes del derecho establecido. Con estas dos explicaciones procura demostrar, tanto el fundamento que tienen las reglas del derecho privado, como las entidades que lo establecieron. Hecho esto, termina concretando las materias de que se ocupa el mismo derecho y el órden con que va á tratarlas desde el título siguiente.

(1) D., II, 14, 38.

2.° DISTINCION ENTRE EL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

(A.) **Derecho natural.**

§ inicial. *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascantur. Hinc descendit maris atque feminæ conjugatio* (1), *quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia istius juris peritia censeri.*

Mucho se ha censurado esta definicion del derecho natural. En efecto, si quiso referirse á las leyes morales, el único ser que se halla sometido á ellas, el único sér capaz de derecho es el hombre, como inteligente y libre; y si á las leyes físicas, tambien es defectuosa, pues las hay que comprenden no sólo al hombre y al irracional, sino á todos los séres (2). Pero debemos vindicar á los jurisconsultos romanos. Todos ellos usan de las frases *jus naturale ó naturalis; lex naturæ ó naturalis*, *naturalis ratio*, *naturalis æquitas*, ó simplemente *natura*, cuando quieren dar á entender lo que es absolutamente justo ó el derecho comun á todos los hombres. Sólo á Ulpiano le ocurrió dar la definicion que copian las Instituciones. ¿Cuál sería su propósito al apartarse de la doctrina universalmente recibida?

Sobre este punto se han emitido diversas conjeturas: hay quien supone ser efecto de la filosofía estoica, que consideraba al hombre como animal, como sér racional y como ciudadano: otros, que parte de la quimérica hipótesis de un estado anterior al social, en el cual vivía el hombre á la manera de los animales: no falta quien crea que es hija del deseo de favorecer á los esclavos y á los extranjeros, á quienes ni el derecho de gentes ni el civil reconocían capacidad jurídica: y por último, en vista de los ejemplos con que pretende justificar su doctrina, pudiera sospecharse si quiso dar á entender que la ley necesita tomar en cuenta alguna vez no sólo la capacidad intelectual, sino el desarrollo físico del hombre, como sucede cuando fija la edad desde la cual puede contraer matrimonio. De todos modos resulta: 1.° Que ningun jurisconsulto, á excepcion de Ulpiano, tuvo semejante idea del Derecho natural. 2.° Que la doctrina especial de Ulpiano tiene poca ó ninguna utilidad práctica. 3.° Que todos los demas jurisconsul-

(1) C. *Conjunctio*. (2) *Proleg.*, pág. 19.

tos romanos derivan el derecho privado de solos dos orígenes, á saber, el derecho de gentes y el derecho civil: principio de grande interes práctico, porque las reglas derivadas del derecho de gentes eran aplicables indistintamente á ciudadanos y extranjeros, al paso que las creadas por el derecho civil solamente se aplicaban á los ciudadanos romanos, como vamos á ver:

(B.) Derecho de gentes y Derecho civil.

§ 1.° *Jus autem civile, vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* (1). *Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sunt, suis locis proponemus.*

Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus; vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quotiens non addimus, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius.

§ 2.° *Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc jure gentium et omnes pæne contractus introducti sunt, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles.*

§ 11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

(1) C. *utantur.*

Desde aquí comienza Justiniano á seguir, mejor dicho, á copiar literalmente las Instituciones de Gayo; y si se permite introducir algun párrafo nuevo, no es seguramente para mejorarlas, como tendrémos ocasion de notar.

Consigna ante todo una verdad innegable, á saber, que todas las legislaciones se componen de dos clases de leyes: unas que son exclusivas de cada pueblo (*jus civile)*, y otras que son comunes á todos los pueblos civilizados (*jus gentium*).

Cuatro diferencias señala el texto entre el derecho civil y el de gentes: su naturaleza, su aplicacion, su nombre y su estabilidad. Examinémoslas separadamente.

Respecto á su naturaleza, civil *es el Derecho que cada pueblo establece para sí*; de gentes, *el que la razon natural establece entre todos los hombres*. No quiere decir con esto que las reglas del derecho civil no estén fundadas en la razon, sino que, dentro de los principios de justicia, cada pueblo crea instituciones especiales adecuadas á su carácter y demas circunstancias; y por eso cambian notablemente de pueblo á pueblo, al paso que las instituciones de derecho de gentes son las mismas con pequeña variacion en todos los pueblos.

De aquí dimana la segunda diferencia, consistente en las personas que gozan de uno y otro. Las reglas del derecho civil, como creadas especialmente para cada pueblo, sólo pueden ser invocadas por los que forman parte de aquella sociedad política: las del derecho de gentes, como universales, pueden ser invocadas por todos los hombres. Más que en ningun otro pueblo en el romano tuvo importancia este principio. En la historia hemos visto por cuántos siglos los extranjeros no tuvieron participacion alguna en el *jus civitatis*. Extendidas las conquistas y naciendo relaciones jurídicas entre ciudadanos y extranjeros y entre éstos solos, se hizo indispensable resolverlas por el *Prætor peregrinus* con arreglo al *jus gentium* que todos reconocían. Como este derecho se presentaba más equitativo que el civil riguroso, fué acogido por la opinion pública, y el *Prætor urbanus* le toma en cuenta para los asuntos de los ciudadanos; así verémos en muchas ocasiones una institucion pretoria fundada en el *jus gentium*, al lado de otra estrictamente romana. Por último, cesó este dualismo, y el *jus gentium* se sobrepuso al *jus civile*. Tal es su estado en tiempo de Justiniano.

Por la misma causa se llama *civil* al primero; pues debiendo su existencia á la voluntad de los ciudadanos, es propio de cada ciudad: y al segundo, *de gentes*, porque siendo un dictado de la razon, es comun á todos los hombres. Sin em-

bargo, aunque éstas sean las acepciones en que se toma ordinariamente, no son las únicas. Algunas veces se denomina derecho *civil*, en contraposicion al *derecho honorario*, á las reglas que no deben su orígen á los edictos de los magistrados (1); y otras se limita á las reglas que proceden de la doctrina de los jurisconsultos (2). Del propio modo, por *jus gentium* entienden comunmente el que se funda en la razon, al cual denominan tambien derecho natural y los autores *derecho de gentes primario*; pero en algunos pasajes califican de *jus gentium* aquellas instituciones que en general adoptaban todos los pueblos por razones de conveniencia, denominado *derecho de gentes secundario* por los escritores: á esta clase pertenece la esclavitud, como dice el texto, á pesar de que la estima contraria al Derecho natural.

Finalmente, la estabilidad de ambos derechos no puede ser una misma. Los preceptos inspirados directamente por la razon, una misma siempre *(jus gentium primarium)*, han de ser inmutables como ésta; pero los que la humanidad ha establecido acomodándose á las exigencias de cada pueblo *(jus civile)*, ó por consideraciones de utilidad *(jus gentium secundarium)*, son tan variables como las causas que han determinado su adopcion.

3.° División del derecho en escrito y no escrito.

§ 3. *Constat autem jus nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto: ut apud Græcos*, τῶν τόμων οἱ μὲν ἔγγρφι, οἱ δὲ ἄγραφοι.

§ 10. *Et non ineleganter in duas species jus civile distributum videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea quæ pro legibus observarent, memoriæ mandarent; Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta reprehendissent, custodirent.*

Una vez demostrada la diferente naturaleza de los derechos natural, de gentes y civil, de los cuales se han tomado los principios para formar el derecho privado, procede á exponer las diversas fuentes de éste, ó sea los diferentes medios por los cuales aquellos principios se han formulado en reglas positivas.

Bajo este concepto divide el derecho privado en *escrito* y *no escrito*. Constituyen el derecho escrito, como verémos en

(1) D. I, 1, 7.—Gayo III, 36 y 37 (2) D. I, 2, 2, § 5 y 12.

el párrafo siguiente, las reglas que el poder legislativo ha sancionado de una manera expresa; y el derecho no escrito, todas las demas. En tiempo de Justiniano sólo se hallaban en este último caso las reglas introducidas por la costumbre, segun nos dice en el párrafo 9; porque este Emperador dió en el Digesto carácter de ley á las doctrinas de los jurisconsultos que antiguamente se consideraron como derecho no escrito (1). No es impropia esta denominacion; porque las disposiciones legislativas suelen consignarse por escrito, ya para marcar la fecha desde la cual son obligatorias, ya para darles claridad y fijeza, ya para facilitar su promulgacion; pero bien entendido que la escritura no es de esencia para la validez de la ley, salvo en el caso de que la Constitucion de un Estado exija que la promulgacion se haga por escrito.

Mas anduvieron muy desacertados Triboniano y sus compañeros al intercalar el párrafo 10, en el cual nos dicen que la division del derecho escrito y no escrito trae su orígen de que los Lacedemonios no escribían sus leyes y sí los Atenienses; porque, tomando la palabra *escrito* en su sentido gramatical, y nó en el jurídico que acaban de darle, echan por tierra la doctrina sentada con la que nuevamente establecen para corroborarla.

4.° Clases de derecho escrito.

§ 3. (Conclusion.) *Scriptum jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.*

Las fuentes de donde procedía el derecho escrito en la época de Justiniano son efectivamente seis: *ley, plebiscito, senadoconsulto, constituciones imperiales, edictos de los magistrados* y *respuestas de los jurisconsultos*; porque todas ellas habían recibido la sancion del poder legislativo. Desde entónces pudieron confundirse bajo una sola denominacion; pero se prefirió conservar el recuerdo de los varios poderes legislativos que habían establecido las reglas jurídicas. Por la Historia conocemos todas estas fuentes y las diversas entidades en quienes residió la facultad de legislar, ya sucesiva, ya simultáneamente; nos limitarémos, pues, á ligeras referencias.

Ley.

§ 4. *Lex est, quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat.*

(1) D. I, 2, 2, § 5 y 12.

Con razon dice que se llama ley *lo que el pueblo establecía á propuesta de un magistrado del órden senatorio*; porque en tiempo de Justiniano ya no legisla el pueblo. Resumamos la historia de la ley. Esta había sido la fuente más antigua de la legislacion. Durante los primeros siglos de Roma, el poder legislativo lo ejerce el pueblo, los individuos de las gentes reunidas en comicios por curias que el rey convoca y preside. Organizado de nuevo el pueblo en clases, pasa la potestad de legislar á los comicios por centurias convocadas y reunidas por el Cónsul, Dictador ó Tribuno militar, en cuyas asambleas ejerce marcada influencia la riqueza y la edad. Finalmente, á medida que se consolida el gobierno imperial, cesan las reuniones populares, sin que se conozca disposicion legal que las disolviese; por eso, Gayo define en sus Instituciones la ley *quod populus jubet atque constituit*, y Justiniano sustituye el presente por el pretérito (1).

PLEBISCITO.

§ 4.° *Plebiscitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis et senatoribus; plebis autem appellatione, sine patriciis et senatoribus, ceteri cives significantur. Sed et plebiscita lege Hortensia lata non minus valere, quam leges cœperunt.*

Tambien habla con propiedad Justiniano cuando define el plebiscito *lo que la plebe establecía á propuesta de un magistrado plebeyo*, sustituyendo las palabras *jubet atque constituit* que usa Gayo. Simples acuerdos en un principio, *scita*, de los plebeyos sobre asuntos que interesaban á su clase, llegan á tener fuerza general obligatoria en proporcion que adquirió la plebe mayor importancia, que reconocieron las leyes Valeria Horatia, Publilia y Hortensia. Desde entónces los plebiscitos coexistieron con las leyes, y llegaron á ser la principal fuente del derecho privado. Incompatibles, como las leyes, con el gobierno imperial, desaparecen al mismo tiempo que aquéllas (2).

SENADOCONSULTO.

§ 5.° *Senatus-consultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus est (3) populus Romanus in eum modum, ut difficile sit (4) in unum eum convocari legis sanciendæ causa æquum visum est, Senatum vice populi consuli.*

(1) *Hist.*, págs. 37, 89, 107 y 176. (2) *Hist.*, págs. 94 y 176. (3) C. *esset.* (4) C. *esset.*

Al definir el senadoconsulto no altera el Emperador los términos en que lo había hecho Gayo: para ambos, es *lo que el Senado manda y establece.* La historia, sin embargo, nos dice que en tiempo del jurisconsulto podía considerarse al Senado con facultad legislativa, carecía completamente de ella cuando se escribieron las Instituciones: recordemos las vicisitudes de aquel alto Cuerpo. Durante la Monarquía fué oligárquico, expresion del sistema de las *gentes*, al cual, respecto á la funcion legislativa, correspondía disponer los proyectos de ley y su ratificacion despues de votada por el pueblo. Constituida la república, vino á ser una Asamblea compuesta de los hombres de Estado, sin distincion de clases; pero aunque de hecho sucede á los reyes en el poder ejecutivo, y en muchos asuntos de su competencia adopte disposiciones obligatorias, el verdadero poder legislativo pertenece á los comicios. En la primera época del Imperio, las reglas de Derecho aparecen bajo la forma de senadoconsultos, por más que no sean sino confirmaciones de la voluntad del príncipe; pero desde el reinado de Caracalla, los Emperadores prescinden del Senado para legislar, si bien hasta Leon el Filósofo no se le quite el derecho de intervenir en la confeccion de las leyes. Esto explica, sin duda, el que las Instituciones hablen de los senadoconsultos de diferente manera que de la ley y del plebiscito. El Senado, por lo ménos, continuaba existiendo: las Asambleas populares hacía muchos siglos que no se reunían (1).

CONSTITUCIONES IMPERIALES.

§ 6.º *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem: cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. Quodcumque igitur imperator, per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat; hæ sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si qui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur* (2). *Aliæ autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent.*

Esta es la única fuente de las reglas del Derecho que existe en tiempo de Justiniano: *la determinacion del príncipe tiene fuerza de ley*. Ya sabemos que el pueblo no transfirió su

(1) *Hist.*, págs. 38, 96, 114, 159 y 176. (2) C. *transgreditur*.

poder absoluta y perpétuamente en favor de Octavio Augusto por la supuesta ley *Regia*, ántes bien continuó ejerciendo la funcion legislativa hasta que se sobrepuso la autoridad imperial. El fundador del imperio conservó á los comicios y al Senado sus atribuciones; pero las circunstancias le conciliaron una influencia decisiva, y las leyes y los senadoconsultos no fueron, cada dia más, sino la expresion de la voluntad del príncipe. Una vez asegurada la omnipotencia de los Emperadores, ya no necesitaron revestir sus disposiciones con la forma de leyes ó senadoconsultos: legislan directamente, y las Constituciones vienen á ser la única fuente de Derecho. Tambien nos son conocidas las distintas clases de Constituciones á que el texto alude: *rescriptos*, las contestaciones dadas por el Emperador á las consultas sobre casos dudosos; *decretos*, las sentencias que el Emperador dictaba, ya en primera instancia, ya en grado de apelacion: *edictos*, las reglas jurídicas que el Emperador establecia como supremo magistrado. Nos consta, por último, que Justiniano para evitar toda duda acerca de si una constitucion tenía ó nó el carácter de personal, declaró que toda sentencia imperial pronunciada despues de oir á las partes, y toda interpretacion de ley hecha por el Emperador, bien sea en decreto, rescripto ó en cualquiera otra forma, tendrá carácter general obligatorio (1).

Edictos de los magistrados:

§ 7.° *Prætorum quoque edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hæc* (2) *etiam jus honorarium solemus appellare, quod qui honorem gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et ædiles curules edictum de quibusdam casibus* (3), *quod edictum juris honorarii portio est.*

En la época republicana todos los magistrados tuvieron el derecho de publicar edictos, mediante los cuales manifestasen públicamente la regla de conducta que se proponian seguir en casos concretos, durante el ejercicio de su cargo. Este derecho se hallaba muy en armonía con la naturaleza especial de aquellas magistraturas, y era además una necesidad para suplir la legislacion escrita.

Pero Justiniano se ciñe, como nosotros en la Historia, á los edictos de los Pretores y Ediles curules, porque son los

(1) *Hist.*, págs. 145 y sig., 152 y 177 (2) C. *hoc.* (3) C. *causis.*

únicos relativos al derecho privado. Segregada del consulado la administracion de justicia, cuando las leyes Licinias declaran que uno de los cónsules había de ser plebeyo, fué creado el *Prætor urbanus*, el cual, interpretando la opinion pública, no sólo secunda sino que suple y corrige el rigor jurídico, dando entrada al *jus gentium* por medio de su edicto anual (*perpetuum*), que ó de nuevo establece (*novum*), ó toma de sus antecesores (*translatitium*). El derecho pretorio (*honorarium*) llegó á tener más importancia práctica que el constituido por disposiciones legales. Otro tanto sucedió con los edictos ménos numerosos de los Ediles curules, á quienes se encomendó la vigilancia sobre los mercados. La autoridad del Pretor fué considerablemente disminuida bajo el régimen imperial; ya porque todos los edictos se coleccionaron en el *Perpetuo* del Salvio Juliano, que recibió la sancion imperial por medio del Senado, ya porque tuvieron superiores jerárquicos que reformaron sus sentencias (1).

Respuestas de los jurisconsultos.

§ 8.° *Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur. Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum.*

Las doctrinas del jurisconsulto no tuvieron hasta el Imperio carácter legal, como los edictos de los magistrados, sino tan solamente la autoridad moral que siempre lleva consigo el dictámen del hombre que, consagrado á un ramo del saber, posee conocimientos especiales. Primitivamente, sólo se hallan en este caso con relacion al Derecho los patricios, que lo monopolizan en su provecho; pero divulgado por Gn. Flavio y Caruncanio, llegó á ser patrimonio de todos. La importancia que á las opiniones de los jurisconsultos dieron el prestigio de la ciencia y la vocacion de los romanos para el Derecho, fué tal, que los jueces las tomaban en cuenta para sus sentencias. Augusto limitó la facultad de responder en derecho á los jurisconsultos que él autorizase, bien para concretar la jurisprudencia, bien para tener á su disposicion esta clase influyente. Adriano y Constantino sancionan algunos escritos

(1) *Hist.*, págs. 82, 115, 157 y 183.

jurídicos. Teodosio II declara texto legal las obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino. Por último, Justiniano extracta y recopila metódicamente los trabajos de los jurisconsultos clásicos, dando á todos los fragmentos reunidos en el Digesto el carácter de ley (1).

5.° El derecho no escrito.

§ 9.° *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

Constituyen el Derecho no escrito las soluciones que la generalidad del pueblo da uniformemente á casos concretos con intencion jurídica. No es el resultado del azar, ni de la rutina, ni del capricho del pueblo, sino la expresion de su conciencia acerca de lo que debe estimarse como justo en casos determinados. Es la primitiva fuente de Derecho en todo pueblo: y aunque despues viene la ley á formular en reglas escritas el derecho consuetudinario, éste no desaparece, porque no es posible que desaparezca la conciencia del pueblo mismo (2). Veamos las ideas romanas sobre la materia.

Las Instituciones le definen *lo que el uso ha confirmado*; Ulpiano, *el consentimiento tácito del pueblo inveterado por un largo uso* (3). De suerte que la base del Derecho consuetudinario y de la ley es una misma, la voluntad del pueblo, distinguiéndose solamente en que la primera es la expresion tácita, al paso que la segunda es la manifestacion expresa de aquella voluntad.

Partiendo de esta idea, fué lógico el razonamiento de Juliano: La costumbre inveterada, dice, se observa, nó sin motivo, como ley; porque no existiendo otra causa para que las leyes obliguen sino la de que han sido aceptadas por voto del pueblo, con razon obliga á todos lo que el pueblo ha aprobado, aunque no se haya consignado por escrito, pues ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad por medio de una votacion, ó que la declare con hechos? Por esto se ha recibido tambien justísimamente que las leyes sean abrogadas no sólo por la decision del legislador, sino por el consentimiento tácito de todos (4).

Al derecho consuetudinario, pues, debía recurrirse cuando la ley ofrecía dudas, porque era su mejor intérprete (5) *(costumbre segun ley)*: con él se suple la legislacion escrita en

(1) *Hist.*, págs. 117, 145, 190 y 196. (2) *Proleg.*, págs. 99 y 104. (3) *Fragm.* § 4. (4) D. I, 3, 32. (5) D. I, 3, 37 y 38.

los casos en que ésta no decide *(costumbre fuera de ley)* (1); y finalmente, él deroga la ley anterior por una regla contraria *(costumbre contra ley)* (2). Debemos, sin embargo, tener presente que sobre estas últimas clases de costumbre dictó Constantino en 319 una Constitucion, en la cual despues de reconocer la autoridad del derecho consuetudinario, le declara ineficaz para sobreponerse *aut rationem aut legem* (3). Muchos entienden que la disposicion de Constantino se refería únicamente á las costumbres locales; pero considerando la transformacion que sufrieron todas las demas fuentes del Derecho hácia esa época, y el fundamento que se había asignado al derecho consuetudinario, nos inclinamos á creer que la Constitucion tenía por objeto subordinarle al poder imperial, intento difícil de conseguir, como tenemos expuesto (4).

Para que la costumbre tuviera el carácter de ley se necesitaba: 1.º Que no fuera contraria á la razon, á las buenas costumbres, ni al bien del Estado (5). 2.º Los cuatro requisitos que ya conocemos: pluralidad de actos, uniformidad en las resoluciones, antigüedad en el uso, é intencion jurídica (6): por eso dice Hermogeniano *sed et ea quæ longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata velut tacita civium conventio, non minus, quam ea, qua scripta sunt jura servantur*; y Juliano, en el pasaje citado, funda la autoridad de la costumbre en que es regla jurídica que el pueblo ha sancionado con sus actos. Pero no encontramos prescrito el tiempo durante el cual deban venirse practicando los actos para formar costumbre jurídica: esto queda al buen criterio del juez; y las leyes se limitan discretamente á exigir que la costumbre sea *longa, diuturna, inveterata, perpetua*, etc. 3.º Que se acredite el uso constante que es el que la da valor práctico, como la promulgacion á la ley: mas tambien se deja á la conciencia del magistrado la apreciacion de las pruebas que se aduzcan: pues si bien Ulpiano menciona los casos juzgados, léjos de excluir, admite todo otro medio de prueba, cuando prudentemente opina que ante todo debe inquirirse si la costumbre ha sido ya estimada legítima en algun juicio contradictorio (7).

Por lo demas, el derecho consuetudinario tuvo en el derecho privado ménos importancia de la que podía suponerse. En un principio, el carácter del pueblo romano y su aspiracion á la igualdad jurídica, preferían la legislacion escrita que fija y

(1) D. I, 3, 32, pr. y 33. (2) D. I, 3, 32 al fin. (3) C. VIII, 53, 2. (4) *Proleg.*, pág. 100. (5) D., I, 3, 39.—C., VII, 53, 2.—Nov. 134, cap I. (6) *Proleg.*, pág. 102. (7) D., I, 3, 34.

precisa las reglas jurídicas ; más tarde, los jurisconsultos y pretores son intérpretes de la opinion pública ; y en los últimos tiempos , el cambio de gobierno y la multitud de constituciones imperiales no dan márgen á la manifestacion de la conciencia popular (1). Esto sin duda explica por qué Gayo en sus Instituciones hace caso omiso del derecho no escrito al señalar las diversas fuentes.

6.° Objetos de que se ocupa el derecho privado.

§ 12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Ac* (2) *prius de personis videamus. Nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa statutum* (3) *est, ignorentur.*

Justiniano copia literalmente á Gayo, que siguiendo el procedimiento recibido por la generalidad de los jurisconsultos, clasifica las materias, de que se ocupa el Derecho, en personas, cosas y acciones; es decir, del sugeto del Derecho, del objeto del Derecho y de los medios por los cuales el sugeto puede hacer efectivos los derechos que haya adquirido sobre el objeto. Prescinde á primera vista de los otros dos elementos del Derecho, á saber, de los hechos y de la relacion jurídica (4); pero si hay falta de método en no haber generalizado la doctrina referente á estos puntos, la encontramos bien determinada en cada caso concreto ; por lo cual hemos preferido no alterar el órden de las Instituciones.

(1) *Hist*, págs. 120 y 192. (2) C. *Et*. (3) C. *constitutum*. (3) *Proleg.*, pág. 38.

TITULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

I. DOCTRINA GENERAL.—1.° Razon del plan.—2.° Idea de la persona en general.—3.° Clases de personas.—4.° Objeto del derecho privado en el tratado de las personas.—5.° Consideracion jurídica de la persona desde que es concebida hasta que nace.—6.° Qué circunstancias deben concurrir en el nacimiento para que se reconozca su existencia.—7.° Cuándo toma el nacido la condicion del padre y cuándo la de la madre.—8.° Circunstancias que determinan fundamentalmente la capacidad jurídica de la persona miéntras existe.—9.° Circunstancias que modifican la capacidad jurídica.—10. Causas por que se extingue la capacidad jurídica.—11. Materias que comprenden las Instituciones en este tratado de personas, y órden con que las exponen.

II. DOCTRINA DE LAS INSTITUCIONES EN ESTE TITULO.—1.° Clasificacion de los hombres en libres y esclavos.—2.° Definicion de la libertad.—3.° Definicion de la esclavitud.—4.° Orígen y vicisitudes de la esclavitud.—5.° Modos de constituirse los hombres en esclavitud.—6.° La identidad de condicion jurídica en los esclavos no permite subdividirlos en clases.—7.° Subdivision de los hombres libres en ingenuos y libertinos.

I.

Doctrina general.

1.° Razon del plan.—Expuestas en los dos títulos anteriores ciertas ideas fundamentales, que podríamos llamar Prolegómenos del Derecho romano, comienzan desde el presente las Instituciones á exponer el derecho constituido. Figura en primer término el tratado de personas, porque son el sugeto del derecho, ó, como dice Hermogeniano, *hominum causa omne jus constitutum est* (1).

2.° Idea de la persona en general.—Gramaticalmente se entiende por persona todo hombre; pero en la rigurosa acepcion jurídica es persona *todo sér capaz de derechos y obligaciones*. Se dice *todo sér* y no todo hombre, porque, juridi-

(1) D. I, 5, 2.

camente hablando, ni todo hombre es persona, ni toda persona es hombre. Esto consiste en que el derecho privado se ocupa de las reglas que tienen por objeto determinar la capacidad jurídica de las personas, la extension y ejercicio de sus derechos, como medio para que realicen los fines individuales comunes de la vida (1): luego no puede estimar como persona al hombre que carece de capacidad, cual sucede al esclavo; y viceversa, debe considerar persona á cualquiera entidad que tenga la expresada capacidad, por más que no sea hombre, cual es una corporacion legalmente constituida, puesto que le son aplicables las disposiciones de aquél.

3.° Clases de personas.—De aquí resulta naturalmente la clasificacion de personas en *físicas*, ó sea, el hombre capaz de derechos y obligaciones; y *jurídicas*, *morales*, *abstractas*, *ficticias*, *civiles*, esto es, los séres distintos del hombre individualmente considerado, que tienen capacidad para derechos y obligaciones (2).

4.° Objeto del derecho privado en el tratado de las personas.—Es diverso segun la clase de personas. Respecto á las personas físicas, necesita fijar el principio y el término de su capacidad jurídica y determinar el grado de esta capacidad con arreglo á las diversas circunstancias en que vaya encontrándose miéntras viva. Por lo que hace á las personas jurídicas, se concreta á reconocerles capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, siempre que reunan las condiciones prescritas por el derecho público para que su existencia sea legal (3).

(1) *Proleg.*, pág. 137.

(2) Los romanos llamaron á la persona fisica *singularis persona;* y á las jurídicas, *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus* (D. IV, 2, 9, § 1); y para expresar su capacidad jurídica usaban de las frases *personœ vice fungitur*, *personœ vicem sustinet* (*Inst.* II, 14, § 2.—D. XLIX, 14, 2, § 7.—C. VI, 9, 8, etc.

Además de estas dos acepciones, se usa tambien la palabra persona para denotar los diferentes conceptos, representaciones ó personalidades que á veces pueden concurrir en un mismo sugeto. Así, distinguimos en el magistrado la persona pública de la privada; y otro tanto sucede respecto del padre, hijo, tutor, etc.: de suerte que un mismo individuo puede representar á la vez distintas personas ó tener diversas personalidades. (Ciceron: *De orat.* II, 24.) En estos casos debe examinarse con qué cualidad ó en qué concepto ha obrado en el negocio de que se trate, para poder apreciar tanto la validez como los efectos del acto. En general, lo que se ejecuta bajo una cualidad, no perjudica bajo otra; pero tampoco puede utilizarse el privilegio que corresponda por una cualidad á los derechos que tenga por otra. (D. I, 7, 4; IV, 4, 38 y XVI, 2, 23.—C. II, 6, 6, § 6 y V, 37, 26.—*Inst.* II, 18, § 4 y 5.)

(3) La teoría sobre las personas jurídicas en general queda expuesta en los *Prolegómenos*, pág. 47 y siguientes.

5.° CONSIDERACION JURÍDICA DE LA PERSONA DESDE QUE ES CONCEBIDA HASTA QUE NACE.—La ley define la condicion jurídica de la persona desde que es concebida miéntras permanece todavía en el seno materno. El derecho considera al concebido y no nacido como si realmente hubiera nacido, siempre que se trate de su utilidad, nó de la de un tercero (1). Le conserva tambien todos los derechos que hubiese adquirido si estuviera nacido en el momento en que estos derechos le fueron deferidos; pero bajo la precisa condicion de que se realice su nacimiento con todas las circunstancias legales; porque si en el nacimiento falta alguna de estas circunstancias, se reputa que no adquirió aquellos derechos.

Dos diferencias separan á los simplemente concebidos de los ya nacidos. 1.ª Los primeros sólo se sonsideran existentes para lo que es beneficiosc á ellos mismos, y los segundos tambien para lo que puede favorecer á un tercero: así, el padre puede nombrar tutor para el hijo que no ha nacido, porque en esto reporta utilidad el descendiente; pero no puede computarle en el número de los hijos que necesita para eximirse del cargo de tutor. 2.ª Los no nacidos adquieren los derechos de una manera eventual, dependiente de su nacimiento legal ulterior, de suerte que, si no nacen, se considera que nunca los adquirieron; al paso que los ya nacidos los adquieren de una manera definitiva, en términos que los trasmiten aunque mueran un momento despues de habérseles deferido; por ejempló, quedando en cinta la mujer al fallecimiento *ab intestato* del marido, el feto se considera heredero. pero si no nace legalmente, se reputa que jamás fué heredero, y sucederán al padre sus parientes; mas si este hijo hubiese ya nacido cuando murió el padre, adquiriría la herencia paterna definitivamente, y aunque falleciera un solo momento despues que el padre, la trasmitiría á la madre.

6.ª QUÉ CIRCUNSTANCIAS DEBEN CONCURRIR EN EL NACIMIENTO PARA QUE LA LEY RECONOZCA LA EXISTENCIA DE LA PERSONA.—Siendo tan diferente la condicion jurídica del nacido, y la del no nacido, es indispensable precisar cuándo se reputa nacido legalmente. Las circunstancias que deben concurrir al efecto y que necesita acreditar el que sostenga que una persona ha nacido, son cuatro:

(1) D., I, 5. 7; XXIX; 2, 30; XXXIV, 5, 7; y L, 16, 231. Así puede nombrárseles un tutor (Inst., I, 13, 4); adquieren el derecho de heredar (D., I, 5, 26); se les reserva su porcion hereditaria hasta que nazcan (D., V, 4, 3 y 4); no puede enterrarse á una mujer embarazada sin prévia extraccion del feto (D., XI, 8, 2), etc.

1.ª Que nazca, esto es, que el feto se haya desprendido del seno materno; porque miéntras el hijo no tiene una existencia propia, separada de la madre, se considera como parte de ésta (1), no importando por lo demas el que esto se haya verificado naturalmente ó por medio de los recursos del arte (2).

2.ª Que viva en el momento de adquirir esta existencia separada de la madre, aunque muera en seguida; porque los que nacen muertos no se entiende que han nacido ni que han sido concebidos (3); pero no es necesario que el niño acredite con su voz ó llantos haber nacido vivo, pues basta que esta circunstancia se pruebe de cualquier otro modo (4).

3.ª Que tenga forma humana, porque la ley no reconoce derechos al feto designado con los epítetos de *monstrum* ó *prodigium*, que no pertenecen á la raza humana (5). Pero no se consideran en este caso aquéllos que nacen con irregularidades más ó ménos notables en su conformacion, v. gr. con tres manos, los cuales se denominan *portentum*, *ostentum* (6). Algunos escritores creen que lo que caracterizaba á los *monstrua* era la cabeza, pero la ley en que fundan su opinion no se refiere á este caso, y solamente declara que cuando porciones de un mismo cadáver hayan sido enterradas en diferentes lugares, no se hacen todos ellos religiosos, sino tan sólo aquél en que se haya enterrado la cabeza, por ser la parte principal y por la que nos distinguimos de nuestros semejantes (7).

4.ª Que nazca *viable*, esto es, capaz de vivir; porque un engendro que nace vivo, pero próximo á morir irremediablemente, en realidad no nace para el Estado (8).

(1) D., XXV, 4, 1, § 1. y XXXV, 2, 9, § 1. (2) D., V. 2, 6; XXVIII, 2, 12 y L., 16, 141. (3) D. L, 16, 129.—C. VI. 29, 3. (4) D., 1, 5, 14.—C. VI, 29. 3. (5) D., I, 5, 14.—C. VI, 29, 3. (6) D., I, 5, 14 y L, 16, 38 y 135. (7) D., XI. 7, 44.—Para la aplicacion de las leyes Julia y Papia, se tomaban en cuenta hasta los partos monstruosos (D. L, 16, 135.)

(8) Escritores muy distinguidos no admiten esta última circunstancia de la *viabilidad*, sostenida por otros nó ménos respetables. Creemos que no hubiera sufrido tanta impugnacion si se la hubiera presentado en los términos del texto; pero como algunos fijan la viabilidad en que hayan transcurrido por lo ménos seis meses desde la concepcion hasta el nacimiento, fundados en la ley 12, titulo 5, lib. I. y en la ley 13, § 12, lib. XXXVIII del Digesto, se ha observado con razon que la ley 1.ª se refiere á la legitimidad, y la 2.ª á la ingenuidad de los hijos. Mas concretando la viabilidad al caso que arriba determinamos, creemos que no puede rehusarse; ya porque las leyes no consideran parto al aborto, sin distinguir si ha nacido vivo ó muerto; ya porque exigen que el parto sea perfecto: *si vivus perfecte natus est, si vivus ad orbem totus procesit*; ya porque no se concibe que se otorgasen inútilmente derechos á los que en realidad no nacen para la sociedad y cuya existencia efímera ocasionaría grandes perturbaciones en el patrimonio de las familias. (C. VI. 29, 2 y 3.)

7.° CUÁNDO TOMA EL NACIDO LA CONDICION DEL PADRE Y CUÁNDO LA DE LA MADRE.—La condicion de los nacidos se rige por estas dos reglas: 1.° El nacido de legítimas nupcias sigue la condicion del padre, y el no procreado en legítimas nupcias sigue la de la madre; porque en el primer caso es demostrable legalmente la paternidad, y en el segundo, nó. 2.ª Cuando sigue la condicion del padre, adquiere la que tenía éste al ser el hijo concebido; y cuando sigue la de la madre, adquiere la que ésta tenía en el momento del parto; porque desde la concepcion tiene el hijo su existencia independiente de la del padre, pero nó de la madre hasta el momento de nacer (1). En beneficio de la libertad se admitió la excepcion de que el hijo naciese ingenuo siempre que la madre hubiera sido libre siquiera un momento durante el embarazo (2).

8.° CIRCUNSTANCIAS QUE DETERMINAN FUNDAMENTALMENTE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA MIÉNTRAS EXISTE.—La persona, durante su existencia, goza de diferente capacidad jurídica segun las diversas circunstancias en que se halla.

Las circunstancias en que pueden encontrarse las personas son tantas que quizás no haya dos en idénticas condiciones; pero al Derecho solamente le incumbe ocuparse de aquellas que tienen influencia en que las personas gocen de diversa capacidad, prescindiendo de las demas por importantes que sean para el individuo, como el talento, la riqueza, etc.

Ahora bien, las cualidades que influyen en el derecho de las personas son de dos clases: unas sirven de fundamento y determinan su capacidad civil en general, y se llaman *estados (status, caput)*; otras solamente determinan el grado en que han de disfrutar de la capacidad civil que tienen, ó bien porque son condiciones especiales de ciertos derechos, ó bien porque únicamente modifican el ejercicio de su capacidad jurídica sin determinarla fundamentalmente, y éstas no tienen el nombre de *estados*.

Segun lo dicho se entiende por *estado: la cualidad que determina y en que se funda la capacidad jurídica de la persona*. Los estados son tres: de *libertad*, de *ciudad* y de *familia* (3).

ESTADO DE LIBERTAD.—Consiste en que el hombre no sea esclavo. Es el fundamento de los dos estados restantes; porque sin ser libre no se puede tener ni el estado de ciudad ni el de familia. Con referencia á este estado se clasifican los

(1) ULP., *Reg.* V, § 8 y sig.—GAYO, I, § 80, 89 y siguientes.
(2) *Inst.*, I, 4, pr.—D., I, 5, 18. (3) D., IV, 5, 11.

hombres en *libres* y *esclavos*, y los libres se subdividen en *ingenuos*, que nunca han sido esclavos, y *libertinos*, que han salido legalmente de la esclavitud. Todo hombre libre era ya persona, pues tenía capacidad para los derechos fundados en el natural y en el de gentes. Las Instituciones se ocupan del estado de libertad desde el presente título hasta el VIII.

ESTADO DE CIUDAD.—Consiste en que el hombre, además de ser libre, sea ciudadano romano. El estado de ciudad solamente puede tenerle el que goza del de libertad, y es indispenble para lograr el de familia. Con relacion á este estado se dividen las personas libres en *ciudadanos* y *extranjeros*. Los ciudadanos tenían capacidad para los derechos políticos, y para los que otorgaba el derecho civil en el sentido romano, el que era exclusivamente propio de los que formaban parte de la ciudad. El extranjero únicamente gozaba del estado y de los dechos del hombre libre. Como el estado de ciudad tenía tan poca aplicacion en la época de Justiniano, le omiten completamente las Instituciones. Recordemos que primitivamente el derecho civil sólo se aplicaba á los ciudadanos; pero á medida que se extendieron las conquistas de Roma, se hizo participantes de él sucesivamente á los habitantes del Lacio, á los de Italia, y por último á todos los del Imperio en tiempo de Caracalla (1). Tengamos tambien presente que en la misma proporcion va modificándose el derecho civil antiguo por el de gentes, hasta no quedar sino ligeros vestigios de su carácter especial (2). Todo esto explica porqué Gayo, anterior á Caracalla, dedica treinta párrafos á determinar quiénes son ó nó ciudadanos, y Justiniano, ninguno.

ESTADO DE FAMILIA.—Consiste en ser jefe de la familia (*paterfamilias*), esto es, independiente de todo poder doméstico. Sólo podía ser jefe de familia el que era libre y ciudadano. Relativamente á este estado, se dividen los ciudadanos en *sui juris* y *alieni juris*. Los *sui juris*, ó independientes de todo poder familiar, gozaban en provecho propio de la plenitud de la capacidad civil que les correspondía como libres y ciudadanos; al paso que los *alieni juris* solamente la ejercían en provecho del jefe (3).

(1) *Hist.*, pág. 64, 122, 170 y 203.
(2) *Hist.*, pág. 201.
(3) Algunas veces se toma el estado de familia en el concepto de tener aptitud para ejercitar los derechos familiares de sucesion legítima y de tutela; derechos que hasta el tiempo de Justiniano no pertenecieron á todos los parientes ó cognados, sino que estuvieron vinculados en los agnados, pero esto no constituye á nuestro juicio un verdadero *estado*, porque no determina la capacidad jurídica fundamental del individuo.

Las Instituciones consagran al estado de familia desde el título VIII al XIII.

Para formar, pues, idea exacta de la capacidad jurídica en general de un hombre, basta tomar en cuenta los tres estados referidos: el de libertad determina si es cosa ó persona, si tiene alguna capacidad ó ninguna: el de ciudad, si su capacidad se limita á las prescripciones del derecho natural y el de gentes, ó se extiende al derecho civil propio de los romanos: el de *familia*, si la completa capacidad jurídica que tiene todo libre y ciudadano, la ejercerá en favor suyo, ó en el de su jefe doméstico. Como resultado de todo: solamente goza de la plenitud de la capacidad jurídica en provecho propio el que es libre, ciudadano y padre de familias.

9.° CIRCUNSTANCIAS QUE MODIFICAN LA CAPACIDAD JURÍDICA. — El que es libre, ciudadano y padre de familias tiene plena capacidad jurídica, segun hemos visto; pero hay circunstancias que influyen ya en el goce de ciertos derechos ó en el ejercicio de aquella capacidad. De entre las varias que comunmente se enumeran, nos harémos cargo de las que tienen verdadera importancia en el derecho privado, objeto de nuestro estudio. Estas son: el *sexo*, la *edad*, el *grado de salud* y el *parentesco* (1).

(A) El sexo.

Bajo la denominacion de hombre se comprende tanto el varon como la mujer; y siempre que las leyes usan de locucion en masculino, comprenden en general los dos sexos (2). La locucion en femenino excluye á los varones (3). Respecto de aquellos cuyo sexo es dudoso (*hermafroditas*), se reputan pertenecer al sexo que en ellos predomina (4).

El sexo nunca constituyó un estado, porque en ningun tiempo aumentó ni disminuyó la capacidad jurídica fundamentalmente. La mujer libre, ciudadana y madre de familia tuvo siempre plena capacidad en el órden privado, por regla

(1) La profesion, la religion, el honor el domicilio y demas que suelen examinarse, ó no ejercen influencia en el derecho privado, ó sólo se toman en cuenta rarísima vez.
(2) D., [illegible] 5, 3, § 1; XXVI, 29, 3, § 1; XLIX, 14, 16, L, 16, 1, 152 y 195.
(3) D., XXXI, 45.
(4) D., I, 5, 10; XXII, 5, 15, § 1; XXVIII, 2, 6, § 2.

general, y salvas algunas diferencias que verémos despues (1); pero en el ejercicio de sus derechos experimentó la más trascendental reforma, pues pasó de una privacion absoluta á la plenitud del ejercicio.

Al principio la mujer estaba ó en la potestad del jefe de la familia, ó en la de su marido (2); ó bajo la autoridad de un tutor agnado (3), si su padre ó marido no la habían nombrado tutor (4).

Lenta y progresivamante desaparecieron el poder marital (*manus*) y la tutela perpetua, quedando las mujeres sólo sujetas á la patria potestad. Desde entónces se las reconoce la misma latitud que á los hombres en el ejercicio de los derechos.

Las diferencias que ántes hemos indicado tienen su fundamento, ya en la debilidad del sexo, ya en su más precoz desarrollo.

Por la primera consideracion no ejerce la patria potestad sobre sus hijos áun despues de la muerte del marido, ni por consecuencia puede adoptar ó arrogar á hijos extraños (5); puede en muchos casos alegar la ignorancia de derecho (6); no se obliga por otros (7); y se le rebaja la pena señalada á ciertos delitos (8).

Atendido su desarrollo más precoz, llega á la pubertad á los doce años, por lo cual sale de la tutela y puede testar dos años ántes que el varon (9).

(1) En el órden político tuvo la mujer una completa incapacidad para los cargos públicos (D., L, 4, 3, § 3 y 17, 2), si bien participaba de los honores anejos á los cargos de su marido (D., I, 9, 1). Era tambien incapaz para los privados que tuvieran carácter público; v. gr., defender en juicio, (D., III, 1, 1, § 1.) representar á otro en juicio (D., L, 17, 2): ejercer la tutela, si no por concesion imperial (D., XXVI, 1, 16 y 18): ser testigo en los testamentos, aunque sí en los demas actos (D., XXII, 5, 18 y XXVIII, 1, 20, § 6): ejercitar las acciones populares, si no le interesaban personalmente (D., XLVII, 23, 6), salvo la acusacion de tutor sospechoso cuando á ello le impulsasen motivos de piedad (*Inst.*, I, 26 § 3).

(2) Gayo, I, 109 y siguientes.—*Hist.*, pág. 126.

(3) Gayo, I, 157.

(4) Gayo, I, 144 y 148.

(5) *Inst.*. I, 11, § 10.—C. VIII, 48, 5.—Así dice la ley: *mulier autem familiæ suæ et caput et finis est* (D., L, 16, 195, § 5). De aquí tambien la antigua prohibicion de que un ciudadano, perteneciente á la primera clase, pudiese instituir por su heredera á una mujer, con el fin de conservar los patrimonios en la descendencia masculina. Por esto, finalmente, dice otra ley que en muchos casos es peor la condicion de la mujer que la del hombre. (D., I, 5, 9).

(6) D, II, 8, 8, § 2 y 13, 1, § 5; XXV, 4, 2, § 1; XLVIII, 5, 38, § 2; 10, 15 § 5: y 16, 1, § 10: XLIX, 14, 2, § 17.—C. IV, 29, 9.

(7) D., XVI, 1, 1 y 2.

(8) D., XLVIII, 13, 6.—C. VII, 8, 5, § 3.—Nov., 134. cap. 9 y 10.

(9) *Inst.*, I, 22, pr.—Gayo, II, 113.

(B) La edad.

Ménos todavía que el sexo, constituye la edad un *estado;* porque ni determina, ni modifica siquiera la capacidad jurídica: sólo tiene influencia en su ejercicio.

Primitivamente se tomaron como punto de partida para otorgar el ejercicio de los derechos dos fenómenos físicos: la palabra y el completo desarrollo corporal. La palabra, porque miéntras el individuo no sabe hablar, no podía pronunciar las fórmulas prescriptas por la ley para realizar los actos jurídicos; se le llama *infante (infans, qui fari non potest)* (1). El completo desarrollo corporal, ó sea la aptitud para la procreacion, porque se considera que hasta entónces no se halla íntegra la capacidad para el matrimonio y demas negocios de la vida; se le denominaba *impuber* ó *pupillus*. Ni uno ni otro período tenian duracion determinada, pues dependían del mayor ó menor desarrollo físico de cada individuo.

Más tarde se toma como base para marcar estos períodos, nó el fenómeno físico, sino el intelectual, y con arreglo á él se fijan las edades. Llamóse infante así al que no podía pronunciar materialmente las palabras, como al que las pronunciaba sin inteligencia; y este período comprende hasta los siete años (2). Respecto á la impubertad, hubo perfecto acuerdo en considerar impúber la mujer hasta los doce años; pero relativamente al varon, los Sabinianos creían que debía continuar dependiendo del desarrollo físico, y los Proculeyanos, que debía fijarse en los catorce años (3). Justiniano adoptó la opinion de los Proculeyanos (4). Como entre la edad de siete años, en que se reconoce ya alguna inteligencia *(aliquem intellectum)* y la de doce ó catorce en que reconocen completo discernimiento *(plenum judicium)*, se verificaba el desarrollo intelectual, se distinguió el *próximo á la infancia* y el *próximo á la pubertad;* pero sin fijar el momento que separaba estas dos situaciones. Esta division carecía ya de importancia práctica desde los tiempos anteriores á Gayo, porque se reconocía la misma capacidad en el uno que en el otro (5).

(1) D., XXVI, 7, 1, § 2; XL, 5, 30, § 2 y 4 y XLV, 1, 70.
(2) D., XXIII, 1, 14 y XXVI, 7, 1, § 2.—C. VI, 30, 18.
(3) Gayo, I, 196.
(4) *Inst.*, I, 22, pr.—C. V, 4, 24; y 60, 3.
(5) Gayo, III, 109.—*Inst.*, III, 20, § 10.—D., XLIV, 7, 1, § 13 y XLVI, 6, 6. En materia criminal continuó el principio de que el próximo á la pubertad era capaz de dolo.—Gayo, III, 208.—*Inst.*, IV, 1, § 18.—D. XIX, 5, 14; XLIV, 4, 4, § 26; y L, 17, 111.

En fin, la proteccion que la ley Pletoria vino á dispensar á los menores de veinticinco años que hubieran sufrido perjuicios, dió márgen á que se creára un tercer período, el de la *minoría de edad.*

De todo resulta que en la época de Justiniano se distinguen y aprecian respectivamente las edades siguientes:

Desde el nacimiento hasta los siete años, tanto el hombre como lo mujer son *infantes*: careciendo de inteligencia y de voluntad, son incapaces de ejecutar válidamente ningun acto jurídico: *(nullum intellectum habent).*

Desde los siete años hasta los doce la mujer, y catorce el hombre, son *impúberos:* pueden realizar los actos en que ellos no resulten obligados; pero para los demás, necesitan el concurso del tutor que integre su personalidad: *(aliquem intellectum habent, sed non animi judicium).*

Desde los doce ó catorce años hasta los veinticinco, así el hombre como la mujer, son *menores de edad*; pueden casarse, hacer testamento y son en general capaces para todos los negocios como antiguamente (1); pero en caso de salir perjudicados, pueden invalidarlos por medio del beneficio de *restitucion in integrum: (plenum animi judicium habent).*

Desde los veinticinco años en adelante, son mayores de edad: tienen la plenitud de capacidad en el ejercicio de sus derechos, y las leyes no les otorgan ninguna proteccion especial. Solamente en la época de senectud, que por regla general es á los setenta años, la ley los exime de los cargos públicos y áun privados que sean onerosos, como la tutela y la curaduría.

(C) El grado de salud.

Las enfermedades pueden ser *corporales* ó *mentales.*

(a) Enfermedades corporales.—Son de dos clases: *accidental* denominada *morbus*, y se define *temporalis corporis imbecillitas*; ó *permanente*, llamada *vitium*, y se define *perpetuum corporis impedimentum* (2). La pasajera ó accidental no influye en el ejercicio de la capacidad jurídica: cuando impide consagrarse á los negocios (*morbus sonticus*) (3), dispensa

(1) Decimos *en general*: 1.° Porque los menores necesitaban curador para seguir un pleito, darse en arrogacion, recibir un pago y libertar de una deuda. 2.° Porque el menor que tuviera curador, necesitaba la aprobacion de éste en los términos que expondrémos al tratar de la curaduría.

(2) D., L, 16, 101, § 2.

(3) D., XLII, 1, 60 y L, 16, 113.

de todo cargo é impide que corran los términos legales contra el enfermo, gozando éste del beneficio de la restitucion (1). Por el contrario, la permanente tiene más ó ménos influencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, segun su naturaleza, pudiendo ser causa de que se someta al paciente á la direccion de un curador, y áun de que se le prive de la capacidad para derechos determinados; como de contraer matrimonio y de adoptar, si constituye una impotencia.

(b) *Enfermedades mentales*.—Algunas veces se usan como sinónimas las voces *dementes*, *mente capti*, *furiosi*, *fatui* (2), para designar los que padecen enajenacion mental; pero más propiamente se denomina *furiosi*, en contraposicion á los *dementes* ó *mente capti*, á aquéllos cuya demencia presenta accesos de furor é intervalos lúcidos (3); y *fatui*, á los que sin haber perdido el uso de la razon, no pueden cuidar sus negocios por debilidad de espíritu (4). Todos ellos necesitan un curador, si bien los furiosos pueden ejecutar actos jurídicos válidamente en los intervalos lúcidos (5): y como todos ellos conservan plena capacidad jurídica, pueden adquirir, con tal que la adquisicion no exija un acto personal del interesado (6). Finalmente, se equiparan á éstos los pródigos, que son aquellos que dilapidan sus bienes de una manera insensata (7).

A diferencia de las personas que acabamos de enumerar, los *rustici*, *inepti*, *desides*, ó sean los exentos de toda enfermedad mental, pero cuya inteligencia es muy limitada, solamente gozan de la exencion de aquellos cargos que exigen discrecion para su desempeño; y en algunos casos pueden alegar ignorancia del Derecho.

(D) El parentesco.

Sobre este punto se distingue la cognacion *natural*, la cognacion *civil* y la *afinidad*.

(a) Cognacion natural.—Es el lazo que existe entre dos personas, de las cuales una ha dado á otra la existencia ó ambas tienen un orígen comun (8). En el primer caso, los cog-

(1) D., II, 11, 2, § 3; IV, 6, 26, § 9; y XXII, 5 8.—C. X, 50.
(2) D., I, 18, 14 y XXVII, 10, 7.—C. V, 4, 25.
(3) D., XXVII 1. 12; XXVIII, 1, 20, § 4.—C. V, 70, 6.
(4) D., III, 1, 2 y XLII, 5, 21.
(5) C. V, 70, 6.
(6) D, I, 5, 70; XXIII, 2, 16, § 2; XXVIII, 1, 16, § 1; XXIX, 2, 63; y XLVI, 3, 70, § 4.
(7) D., XXVII, 10, 1.
(8) D., XXXVIII, 10, 4, § 1.

nados forman una línea recta; como padre, hijo, nieto, etc.: en el segundo, una línea transversal; como los tios y sobrinos, primos hermanos, etc. : en ambos, los parientes distan tantos grados entre sí cuantas son las generaciones que los separan (1).

La cognacion puede ser *legítima* ó *ilegítima*; *unilateral* ó *bilateral*; *simple* y *compleja* (2).

Se llama *legítima* ó *mixta* la cognacion cuando procede de justas nupcias (3); *legítima*, porque se establece por el medio que la ley aprueba; *mixta*, porque no sólo existe en el órden natural, sino tambien en el legal. Se presume que proceden de justas nupcias los nacidos desde que han transcurrido los seis primeros meses de la celebracion del matrimonio hasta cumplidos los diez meses de su disolucion (4).

Es *ilegítima* la cognacion creada fuera de justas nupcias (5); y los hijos reciben diferentes nombres segun la diferente clase de union de que procedan. Se llaman *naturales*, en su sentido estricto, si nacen de concubinato (6); *adulterinos*, si nacen de una mujer casada y hombre que no sea su marido (7); *incestuosos*, si de union entre parientes dentro del grado en que se halla prohibido el matrimonio (8); y *espurios*, si de cualquiera otra union que la ley ni ha reglamentado, como el concubinato, ni ha prohibido, como el adulterio y el incesto (9).

Es *bilateral* la cognacion que une á los colaterales, cuando proceden del mismo padre y madre; y *unilateral*, si solamente es comun el padre ó la madre. Se llaman *germanos*, los hijos de un mismo padre y madre; *consanguíneos*, si del mismo padre y diferente madre; y *uterinos*, si de una misma madre y diferente padre (10).

(1) D., XXXVIII, 10, 9 y 10.

(2) D., XXXVIII, 10, 4.—Los efectos jurídicos que producen las diferentes clases de cognacion se expondrán en sus respectivos tratados.

(3) Los textos emplean las frases *iustae nuptiae*, *justum matrimonium*, porque antiguamente no producia todas sus consecuencias legales el matrimonio si los que le celebraban carecian del *jus connubit*, (Gayo, I, 190). Declarados ciudadanos todos los súbditos del Imperio, ya no hay diferencia para todos ellos entre el matrimonio del *jus gentium* y el del *jus civile*.

(4) D., I, 5, 12; y 6, 6; XXVIII, 2, 29, pr.; y 16, 3, § 11 y 12.—C. VI, 27, 4.

(5) Gayo, I, 64.—*Inst.*, I, 10, § 12—D., I, 5, 5, 19 y 23.

(6) Del concubinato se trata en el § 13 del título X de este libro. Algunas veces se comprenden tambien bajo el nombre de *naturales* á los nacidos de justas nupcias cuando se les contrapone á los adoptivos (*Inst.*, I, 11, pr.; III, 1, § 2). Se aplica igualmente la calificacion de *naturales* á los nacidos de uniones entre esclavos. (D., XXXI, 88, § 12).

(7) C. IX, 9, 1.

(8) Gayo, I, 64.— C. V, 5, 6.

(9) Gayo, I, 64.—*Inst.*, I. 10, § 12. — D., I, 5, 23.

(10) D., XXXVIII, 16, 1, § 10.—C. III, 28, 27.— *Inst.*, III, 2, § 1 y 3, § 5.

Finalmente, la cognacion es *simple* ó *compleja*, segun que los parientes lo sean por un solo título ó por varios. Esto último puede resultar en muchos casos que es innecesario detallar; pondrémos, sin embargo, un ejemplo sencillo para que se comprenda. Si se casan dos primos hermanos, el padre de cada uno de ellos será abuelo y á la vez tio segundo de los hijos que nazcan de este matrimonio.

(*b*) Cognacion civil.—Este nombre se aplica á dos clases de relaciones: á la que nace de la adopcion, y á la que resulta de ser miembros de una misma familia.

La cognacion civil que nace de la adopcion es el lazo que une á los adoptados con el adoptante é individuos de su familia, miéntras permanezcan unos y otros sometidos á la misma patria potestad. Este parentesco civil se equipara enteramente al natural; pero se desligan de él los descendientes naturales del adoptante, á medida que van emancipándose; y todos ellos, si se emancipa el adoptivo. No sucede lo mismo con el parentesco natural, que subsiste áun despues de emancipados: porque el lazo de la sangre es indestructible (1). Tambien la adopcion puede ocasionar un parentesco complejo; v. gr., si casada una mujer en segundas nupcias, el marido adopta á los hijos que su mujer tiene del primer matrimonio, estos hijos tendrán con los que nazcan del segundo el doble carácter de hermanos *consanguíneos*, porque los adoptó el padre, y de *uterinos* porque descienden de la misma madre.

La cognacion civil que resulta de ser miembros de una misma familia, es el lazo que une á los individuos que se hallan sometidos á un mismo *paterfamilias*, ó que se hallarían si éste no hubiera muerto. Este lazo se denomina *agnacion*, y existía entre todos los descendientes legítimos, legitimados, adoptivos, y la mujer del jefe de la familia cuando se constituía *in manu mariti*: todos, miéntras no salgan del poder del jefe durante la vida de éste (2). En su orígen, los derechos familiares correspondieron exclusivamente á las personas que constituían de presente la familia; pues que ésta era una sociedad política y religiosa en cuyos derechos no podía tener participacion el que no pertenecía á ella. A proporcion que la familia pierde su carácter primitivo, son admitidos gradualmente á participar de los derechos familiares los parientes naturales, aunque no fueran ya miembros de la sociedad doméstica. Justiniano destruye el derecho de *agnacion*, y toma sólo en cuenta el de *cognacion*.

(1) Gayo, I, 158.—*Inst.*, II, 13, § 4.—D., I, 17, 8.
(2) Ulpiano, XI, 4.

(c) Afinidad.—Es el lazo que se establece por las justas nupcias entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (1). Viniendo á unirse por medio de las nupcias dos cognaciones diversas, cada uno de los cónyuges se reputa ligado con los parientes del otro en el mismo grado en que se halla éste; pero los parientes de los cónyuges no son afines entre sí, ni los afines de un cónyuge lo son del otro.

El vínculo de la afinidad se rompe por la disolucion del matrimonio (2) y por la cápitisdisminucion que sufra el afin (3).

10. Causas por que se extingue la capacidad jurídica.—Siendo condiciones indispensables para que exista capacidad jurídica la *existencia* de una persona, y que ésta tenga *estado*, se extinguirá aquella capacidad, ó bien cuando la persona fallezca, ó bien cuando pierda el estado que tenía. Este último acontecimiento se llama *capitis diminutio*; y de él nos ocuparémos en el título XVI, por seguir el órden de las Instituciones, concretándonos en este lugar al caso de muerte natural.

Una vez que conste el nacimiento de una persona física, se considera que existe miéntras no se pruebe que ha fallecido, cualquiera que sea el tiempo trascurrido sin tener noticias de ella: su muerte nunca se presume, por regla general (4).

(1) Muchos autores sostienen que tambien los mismos cónyuges están ligados por afinidad, fundándose en los Fragmentos Vaticanos, núms. 218, 262 y 302; en la ley 5, tít. 10, lib. XLVII del Digesto; y en la 5, tít. 24, lib. 6 del Código. Sin embargo, cualquiera que sea la interpretacion que pretenda darse á estos textos, creemos que debe ceder á las razones siguientes: 1.ª La ley 4, tít. 10, libro XXXVIII del Digesto define los afines: *Affines sunt viri et uxoris cognati*: luego nó los mismos cónyuges. 2.ª Esta ley enumera uno por uno los diferentes afines, expresando el nombre con que respectivamente se les designa; y tampoco incluye á los cónyuges; y 3.ª en la hipótesis de que fueran afines los cónyuges, no podría determinarse en qué grado lo eran, puesto que cada uno de ellos ya se encuentra en primer grado con los padre é hijos del otro; esta observacion pone en evidencia que el lazo conyugal es diverso esencialmente de la afinidad.

(2) D., III. 1, 3; y XXIII, 3, 84.—Permanece no obstante constituyendo impedimento para el matrimonio en los términos que expondrémos en el título X de este libro.

(3) D., XXXVIII, 10, 4, § 11.

(4) Nov., 117, cap. 11.—Los códigos modernos presumen que un hombre ha muerto cuando transcurre cierto número de años sin saberse de su vida y paradero; á fin de que los derechos no permanezcan en la incertidumbre, medida que ha hecho necesaria la mayor frecuencia en la traslacion de domicilio: pero el Derecho Romano no estableció esta teoría. Verdad es que en algunos pasajes se indica la edad de 100 años como la más larga que el hombre puede alcanzar; mas nunca declaró que el hombre se presume muerto á los 100 años de su nacimiento, cuando no se sabe de él, sino que fijan en 100 años la duracion del usufructo concedido á una corporacion y la prescripcion contra las iglesias, dándose por razon el que este es el plazo más largo de la vida humana. (D., VII, 1, 56, XXIII, 2, 8.—C. I, 2, 23.—Nov. 9.)

Pero hay ocasiones en que la ley no puede prescindir de establecer una presuncion, como sucede cuando por resultado de un mismo acontecimiento, v. gr., combate, ruina, naufragio, han muerto varias personas cuyos derechos dependen de que una de ellas haya sobrevivido á la otra, y no puede saberse el órden en que han sucumbido. En estos casos debe distinguirse:

1.° Si los fallecidos eran entre sí ascendientes y descendientes, se presume que han muerto ántes los descendientes, si eran impúberos; y despues, si eran ya púberos (1). Se exceptúan de esta regla los casos en que perecen á un mismo tiempo el padre y el hijo y pide la herencia la madre, y cuando mueren á un tiempo el liberto y su hijo, y pide la herencia el patrono: en cuyos casos se reputa siempre que murieron ántes los hijos, para que la herencia vaya á la madre y patrono en lugar de ir al agnado del padre ó al hijo del liberto (2).

2.° Si los fallecidos no son entre sí ascendientes y descendientes, se entiende que ninguno de ellos ha sobrevivido al otro, y que todos ellos han muerto al mismo tiempo (3).

La ley protege el sepulcro y la buena fama del finado, otorgando á sus herederos la accion de injurias (4).

11. MATERIAS QUE COMPRENDEN LAS INSTITUCIONES EN EL TRATADO DE PERSONAS, Y ÓRDEN CON QUE LAS EXPONEN.—Prescindiendo Justiniano de las doctrinas referentes al principio y término de la existencia de la persona, se ocupa solamente de las circunstancias que influyen sobre su capacidad jurídica miéntras vive; y esto lo hace en la forma siguiente:

Respecto á las tres circunstancias que *constituyen estado*, porque determinan fundamentalmente la capacidad jurídica, ó sea, *libertad*, *ciudad* y *familia*, trata de lo que se relaciona

(1) D., XXIII, 4, 26; XXIV, 1, 32, § 14; y XXXIV, 5, 9, § 1 y 2; 16, 22 y 23.

(2) D., XXXIV, 5, § 1 y 2.

(3) D., XXIV, 1, 34, § 12; XXXIV, 5, 8, 9, 16, 17 y 18; XXXVI, 1, 34.—Por este principio no se revocan las donaciones entre esposos, ni las *mortis causa*, cuando mueren á un mismo tiempo el donante y donatario (D., XXXIV, 5, 8, XXIV, 1, 32, § 14; XXXIX, 6, 26.) Se entiende que la hija murió *in matrimonio* cuando muere á la vez que el marido. (D., XXXIV, 5, 9, § 3.—Id. id. 16): no adquiere derecho á la herencia el heredero del sustituto, cuando muere á la vez que el sustituido (D., XXXIV, 5, 18): no se computan en el patrimonio del dueño los esclavos que mueren con él (D., XXXIV, 5, 18); se reputa que muere sin hijos el que sucumbe á la vez que ellos. (D., XXXVI, 1, 17, § 7); aparte de otras muchas aplicaciones que, como éstas que se citan por via de ejemplo, habrá ocasion de ver en sus respectivos tratados.

Se tomó en cuenta la edad para decidir sobre la prioridad del fallecimiento entre ascendientes y descendientes, por suponerse entre ellos igualdad de condiciones en su temperamento, cuya circunstancia no mediaba entre los que debían el sér á personas distintas de aquéllas que con ellos habían perecido.

(4) D., IX. 7, 8.—XLVII. 10, 1, § 4, 6 y 27.

con el estado de libertad desde este título hasta el VIII; y de lo relativo al de familia, desde el título VIII hasta el XIII. No consagra un solo título al *estado de ciudad*, porque en su tiempo carecía de importancia, supuesto que todos los súbditos del Imperio eran ya ciudadanos.

Respecto á las circunstancias que no constituyen estado, pero que modifican la capacidad ó su ejercicio, se hace cargo únicamente de las situaciones en que el hombre necesita ser dirigido por otro, en razon de no bastarse á sí mismo; y expone con este motivo cuanto se refiere á la tutela y curaduría desde el título XIII hasta el fin del libro primero.

II.

DOCTRINA DE LAS INSTITUCIONES EN ESTE TÍTULO.

1.° Clasificacion de los hombres en libres y esclavos.

§ inicial. *Summa itaque divisio de jure personarum hæc est: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.*

Comienzan las Instituciones el tratado de personas, clasificándolas en libres y esclavos. Califican, de *summa*, esto es, principal, capital, esta division, por dos conceptos: 1.° Porque se refiere al estado que sirve de base ó fundamento para los dos restantes. El ser ciudadano ó extranjero, jefe ó súbdito de familia, influye solamente en que sea más ó ménos extensa la capacidad jurídica de la persona; pero el ser libre ó esclavo, decide si el hombre pertenece á la categoría de personas ó de cosas. 2.° Porque el estado de libertad se hace proceder del derecho de gentes, como verémos despues: al paso que los de ciudad y familia proceden del derecho civil.

Son libres *los hombres que no están constituidos en justa esclavitud*: y esclavos, *los que se hallan constituidos en justa esclavitud*. La voz *justa*, legal, que figura en ambas definiciones, indica que la libertad y la esclavitud han de ser de derecho, no de hecho: por consecuencia, ni el hombre llega á ser esclavo, sino por las causas que el Derecho establece; ni una vez constituido legalmente en la esclavitud, sale de ella, sino por uno de los medios que al efecto sancionan las leyes.

2.° Definicion de la libertad.

§ I. *Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur, naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut jure prohibetur.*

No define aquí el Emperador la libertad considerada filosóficamente y que es comun á todos los hombres, sino la libertad como estado jurídico contrapuesto al de la esclavitud.

En este concepto dice que es la *facultad natural*, para denotar que la libertad, áun como estado jurídico, es un atributo otorgado por la Providencia á todo sér racional, nó una concesion del Estado: y ántes por el contrario lo que han creado los hombres ha sido la esclavitud, opuesta á la naturaleza humana, segun despues consigna. *De hacer cada uno lo que quiera á no impedirlo la fuerza ó el derecho;* porque aquel á quien el Estado reconoce libre, no encuentra en el órden social más obstáculos que imposibiliten su accion, sino la fuerza física y la coaccion jurídica, ninguno de los cuales alteran su estado de libertad, pudiendo además invocar la proteccion del poder público contra la violencia física injusta. Viceversa, el esclavo jamás es árbitro de sus acciones; pues se halla sometido constantemente al imperio de su dueño, como vamos á ver.

3.° Definicion de la esclavitud.

§ 2.° *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

A diferencia de la libertad, que reconoce ser una facultad natural, comienza definiendo la esclavitud *una institucion del derecho de gentes:* nó del derecho natural, porque acaba de decirnos que la libertad es natural al hombre; tampoco del derecho civil, porque si bien hallarémos despues que los hombres se reducen á esclavos en virtud de disposiciones emanadas del derecho civil, estas disposiciones no existirian si el derecho de gentes no hubiera introducido la esclavitud. Por lo demás, el derecho de gentes á que se alude no es el que la razon natural establece entre los hombres, sino el que los pueblos han admitido generalmente. *Por la cual uno es sometido al dominio ajeno:* así como el estado de libertad consiste en poder obrar como se quiera, así el de esclavitud consiste en la dependencia de voluntad ajena: y nó en una dependencia

cualquiera, sino en el *dominio* ajeno, voz que expresa el omnímodo poder del señor sobre el esclavo, base constante de su derecho áun despues de las modificaciones introducidas por la cultura y el Cristianismo; de suerte que siempre tuvo el señor sobre su esclavo todas las facultades que respecto de cualquier objeto de su propiedad, ménos las que sucesivamente fueron cercenándosele. *Contra la naturaleza:* condenacion absoluta que figura al concluir la definicion, para comprender en su censura tanto el fundamento de la esclavitud, como la institucion misma: protesta al mismo tiempo enérgica de que si los romanos aceptaron y conservaron la esclavitud, fué porque la hallaron establecida como ley de guerra entre todos los pueblos, y hubieron de adoptarla necesariamente para no luchar con armas desiguales. Ni podía calificar de otra manera la esclavitud un legislador que proclama que la libertad es natural; que por derecho natural todos los hombres nacen libres (1); y que por derecho natural todos los hombres son iguales (2). Finalmente, ya que Justiniano deja en pié la esclavitud por consideraciones políticas, verémos en los títulos siguientes que hizo cuanto pudo á favor de la libertad, disminuyendo las causas por las que se caía en esclavitud, aumentando los medios para salir de ella, y dulcificando la situacion del esclavo miéntras permanecía en su estado (3).

4.° Orígen y vicisitudes de la esclavitud.

§ 3.° *Servi autem ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere jubent, ac per hoc servare, nec occidere solent. Qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur.*

Desde los tiempos antiguos se atribuye por los romanos el orígen de la esclavitud á la guerra (4). Considerándose el vencedor árbitro de las personas y bienes de los vencidos, creía otorgarles una gracia cuando, conservándoles la existencia, los reducía á la esclavitud: de aquí el nombre *servi* (*servati*), *mancipia* (*manu capti*). Roma, sin embargo, hizo de este principio la aplicacion que las circunstancias y política demandaban. Una ciudad que llega á conquistar todo el mundo conocido, no hubiera podido mantenerle sujeto al yugo de la

(1) *Inst.*, I, 5, pr.
(2) D., L, 17, 32.
(3) En todas las doctrinas que se refieren al estado de libertad, procurarémos limitarnos à lo más indispensable; puesto que, abolida la esclavitud, no ofrecen utilidad alguna práctica.
(4) Gayo, I, 52.—D., I, 1, 4; 5, 4; y 6, 1, § 1—Tito Livio, VII, 19.

esclavitud. En los primeros dias, los vencidos llegaron á ser ciudadanos: á medida que se siente con fuerza para imponerles la ley del vencedor, les reconoce ménos derechos (1) y se multiplican los esclavos. Finalmente, el número de éstos decrece á proporcion que disminuyen las conquistas romanas.

5.° Modos de constituirse los hombres en esclavitud.

§ 4.° *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris. Fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate; aut jure civili, cum homo liber major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

En tiempo de Justiniano se conservan tres, que en su órden lógico, son: 1.° *La cautividad*, que estableció la esclavitud. 2.° *La pena*, que la extendió á otros casos distintos de la cautividad; 3.° *El nacimiento* de esclava, que era una consecuencia necesaria de haberse creado por los medios anteriores.

1.° *La cautividad.*—Es, como hemos visto, el origen de la esclavitud: sin aquélla no se hubiera conocido ésta. Los romanos consideran esclavos tanto á los enemigos que hacen prisioneros, como á los ciudadanos que caen en poder del enemigo, si bien eran esclavos sin dueño, porque al enemigo no se le reconoce propiedad; pero si vuelven á la ciudad, se considera que nunca han estado prisioneros, y recobran todos sus derechos anteriores *(jus postliminii)* (2). De esta manera, el militar se veía comprometido á defenderse por interes propio, ya que no lo hiciera por patriotismo, y se creaba un aliciente para que no permaneciera en poder del enemigo. Aun llegó á declararse válidas las últimas disposiciones del ciudadano cautivo, suponiéndole la ley Cornelia muerto en el momento de caer en el cautiverio (3). Todo esto se entiende cuando la guerra era con pueblos extraños; porque los prisioneros en guerras civiles no se hacen esclavos, sino *proscriptos* (4).

2.° *La pena.*—Una vez creada la esclavitud, se impone como castigo á delitos especiales. Con él fueron penados: 1.° El que se sustraía al servicio militar (5) 2.° El que no se inscri-

(1) *Hist.*, págs. 63 y 122.
(2) Gayo, I, 129.—Ulpiano, X, 4.—*Inst.*, I, 12, § 5.—D. XLIX, 15, 19.
(3) Ulpiano, XVIII, 5.—Paulo, III, 42, 8.—C. VIII, 51, 9.—D., XLIX, 15, 18, etc.
(4) D., XLIX, 15, 19, § 2, 21, § 1 y 24.
(5) Ciceron, *Pro Cæcina*, 34.—D. XLIX, 16, 4, § 10.

bía en el censo (1). 3.° El sorprendido en el momento de robar (2). 4.° El deudor que no pagaba la suma á que había sido condenado, dentro de los plazos señalados por la ley (3). 5.° El condenado á las minas (*in opus metalli*) ó á luchar con las fieras ó como gladiador (*in ludem venatorium*) *siervos de la pena* (4). 6.° Por el senadoconsulto Claudiano, la mujer que vive en contubernio con un esclavo, á pesar de la prohibicion del dueño de éste (5). 7.° El liberto ingrato para con su patrono (6): y 8.° El mayor de veinte años que, sabiendo que es libre, se hace vender como esclavo, para engañar á un comprador de buena fe, reivindicando en seguida su libertad y distribuyendo el precio de la venta con el supuesto vendedor (7).

3.° *El nacimiento.* Una vez introducida la esclavitud por los medios anteriores, era consecuencia indeclinable que fuese esclavo todo el que naciese de mujer que al tiempo del parto fuese esclava, tomando la condicion de la madre; porque ésta no podía hallarse unida en justas nupcias, segun verémos en el título inmediato, siguiendo las Instituciones. Llamábase *verna,* esclavo nacido en *casa* del dueño.

Antes de Justiniano habían ya caido en desuso los cuatro primeros casos en que por pena se imponía la esclavitud. Constantino abolió las luchas en el circo (8): Justiniano derogó el senadoconsulto Claudiano (9); y por una de sus Novelas, no sólo eximió de la esclavitud al condenado á las minas, sino que reprobó en general que por via de pena se redujese á esclavitud el hombre nacido libre (10).

Quedan, pues, segun el derecho de las Instituciones, cuatro modos solamente: la cautividad, la ingratitud del liberto, la venta fraudulenta y el nacimiento de esclavos (11).

Pero jamás bastó para constituir la esclavitud el convenio, ni la prescripcion; porque la libertad es inalienable é imprescriptible (12).

(1) CICERON, *Pro Cœcina*, 34.—ULPIANO, XI, 11.
(2) AULO GELIO, *Noch. att.*, XI, 18 y XX, 1.—GAYO, III, 189.
(3) AULO GELIO, *Noch. att.*, XX, 1.
(4) D., XLVIII, 19, 8, 10 y 29.—*Inst.*, I, 12, § 3 y 16, § 1.
(5) GAYO, I, 83 á 86, 91, 160.—ULPIANO, XI, 11.
(6) *Inst*, I, 16, § 1.—C. VI, 7, 2.
(7) D., XL, 12, 7; y 13, 1, § 1.
(8) C. XI, 43.
(9) C. VII, 24.
(10) Nov., XXII, cap. 8.
(11) *Inst.*, I, 16 pr.
(12) D., XL, 12, 37; 3, 9.—C. VII, 22, 3.

6.° La identidad de condicion jurídica en los esclavos no permite subdividirlos en clases.

§ 5.° *In servorum conditione nulla differentia est. In liberis multæ differentiæ sunt: aut enim ingenui sunt, aut libertini.*

Siendo la esclavitud una creacion opuesta á la naturaleza del hombre, no pudo organizarse bajo aquella lógica inflexible que tanto distingue á los jurisconsultos romanos en las demas instituciones. El principio de que se parte y quiere sostenerse en todas las consecuencias, es que el esclavo no es sugeto, sino objeto de derecho (1), no es persona, sino cosa (2), aunque no tenga dueño (3); pero como el hombre es impotente para destruir la dignidad y facultades que su semejante ha recibido de Dios, por más que se esfuerce en sostener aquel principio, le destruirá cuantas veces trate de aplicarle. Así vemos que en este título figuran los esclavos como una de las dos clases en que se dividen las personas; se habla de los esclavos en el tratado de personas y nó en el de las cosas; se les da explícitamente el dictado de personas (4); se les reconoce aptitud para tener capacidad jurídica mediante la manumision (5); el sepulcro del esclavo es lugar religioso (6); el hijo de una esclava no se reputa *fruto* como el de los irracionales (7); y para perseguir las ofensas hechas al esclavo, tiene su dueño la accion de injuria (8). Verémos además en los respectivos títulos que los esclavos, representando la persona de su dueño, podían figurar como herederos ó legatarios; desempeñar los negocios que su dueño les encargase; adquirir para éste por medio de contratos: y, si delinquían, respondian de sus actos, como séres inteligentes y libres.

Tal era la anómala situacion de todos los esclavos: por eso dice Justiniano en este párrafo que entre ellos no había diferencia, como que ninguno de ellos tenía *estado jurídico*. Merece, sin embargo, tenerse presente que desde las XII Tablas existían esclavos llamados *statu liberi* (9). Llamábanse de esta manera aquéllos á quienes se había otorgado la libertad bajo condicion ó á término: éstos tenían un derecho eventual sí, pero irrevocable, á ser libres, una vez que se realizase la

(1) D., IV, 5, 3, § 1; XXVIII, 1, 20, § 7; L, 17, 32.
(2) Gayo, I, 54; II, 13.—*Inst.*, II, 2, § 1.—D., VII, 9, 5, § 3; L, 16, 215.
(3) D., XLV, 3, 36.
(4) Gayo, I, 120 y 121.—D., XXXI, 82, § 2 y L, 17, 22.
(5) *Inst.*, I, 5.
(6) D., XI, 7, 2, pr.
(7) D., XXIII, 3, 10, § 2.
(8) D., XLVII, 10, 1, § 3.
(9) Ulpiano, II, 1, 4.—D., XL, 7, 1, 15 y 29.

condicion ó se cumpliese el plazo, por más que entre tanto permanecían en propiedad de su dueño (1). Ordinariamente se dejaba la libertad en esta forma por medio del testamento; pues los otros modos antiguos de manumitir, la vindicta y el censo, no admitían por su naturaleza condiciones ni plazos, segun verémos. Si para cumplir la voluntad del testador, necesitaba el esclavo hacer algun desembolso, podía disponer por sí libremente del peculio que le hubiera sido legado (2); y si la condicion no se realizaba por culpa del heredero, se tenía por cumplida (3).

Ménos todavía debe equipararse á la verdadera esclavitud, el *colonato* que aparece en el Bajo Imperio, como una degeneracion de aquélla (4). Los colonos pertenecían á la clase de hombres libres, si bien se hallaban ligados perpétuamente al cultivo de terrenos determinados, que no podían abandonar (5); ni el dueño despedirles (6). Les estaba prohibido enajenar la finca sin permiso del señor (7) y casarse con mujer libre (8). Pagaban al dueño una pension de los productos que recolectaban; y no podía exigírseles en dinero, á no ser costumbre (9). Se constituían colonos ya en virtud de un contrato que debía acreditarse por escritura comprobada por alguna otra justificacion (10); ya mediante la prescripcion de treinta años (11); ya por una disposicion legal; v. g., los mendicantes aptos para el trabajo (12). La dignidad episcopal eximía del colonato (13).

7.° Subdivision de los hombres libres en ingenuos y libertinos.

Las *muchas diferencias* que el texto indica entre los hombres libres, se refieren á las que antiguamente existían con relacion á cada uno de los estados que ya conocemos (pág. 32). Respecto al de libertad, eran *ingenuos* ó *libertinos:* bajo el punto de vista de ciudadanía, *ciudadanos* ó *extranjeros:* y en órden á la familia, *jefes* ó *súbditos* en la sociedad doméstica.

La primera diferencia de ingenuos y libertinos había sido abolida por Justiniano ántes de redactar las Instituciones, segun nos dirá él mismo en uno de los títulos inmediatos: y la segunda de ciudadauos y extranjeros entre los súbditos del Imperio, no existía desde tiempo de Caracalla, como sabemos.

(1) Gayo, II, 200.—Ulpiano, II, 2, 3.—D., IX, 4, 6, 9, 25, 28 y 29 y XX, 1, 13. (2) D., XLIX, 15, 12, § 10. (3) D., XL, 4, 23; y 7, 3, 7, 16 y 17. (4) *Hist.*, pág. 169. (5) C. XI, 47, 15 y 23. (6) C. XI, 47, 2, 7 y 21. (7) C. XI, 49, 2, (8) Nov. XXII, cap. 17. (9) C. XI, 47, 5. (10) C. XI, 47, 22. (11) C. XI, 47, 19 y 23. (12) C. XI, 25, 1. (13) C. I, 3, 11, 16 y 17.—Nov. CXXIII, cap. IV y 17.

Queda, por tanto, vigente sólo la relativa al estado de familia. A pesar de esto, el Emperador se detiene á explicar minuciosamente la primera division, al paso que omite por completo la segunda, cuando ambas pertenecen ya á la historia.

Téngase, pues, presente, para evitar desde el principio conceptos equivocados, que en tiempo de Justiniano ni hay *muchas diferencias* entre los hombres libres, ni *se dividen*, sino que se *habian dividido*, en ingenuos y libertinos.

TITULO IV.

DE LOS INGENUOS.

1.° Quién nace ingenuo.—2.° Cuándo se pierde la cualidad de ingenuo.

1.° Quién nace ingenuo.

§ inicial. *Ingenuus est* (1), *qui statim, ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis* (2), *sive ex altero libertino, altero ingenuo: Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur; quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et ex contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est. Ex his et illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Marcellus* (3) *probat, liberum nasci: sufficit enim ei, qui in ventre est, liberam matrem vel medio tempore habuisse. Quod et verum est.*

A una sola regla podemos reducir todos los casos del texto: nace ingenuo, ó sea libre, todo *aquel cuya madre hubiera sido ingenua, ó libertina siquiera, momentáneamente al tiempo de la concepcion, ó del parto, ó durante el embarazo.*

Justiniano desciende á enumerar las diferentes hipótesis, para disipar todas las dudas á que pudieran dar lugar los precedentes antiguos ó la regla general que determina la condicion del nacido (pág. 32). Los precedentes antiguos, porque durante mucho tiempo los hijos de manumitidos tuvieron la misma condicion que los padres (4). La regla que determina la condicion del nacido, porque, segun ella, debía

(1) C. Is qui. (2) C. *duobus.* (3) C. Martianus. *contra cod. mss.*
(4) Tito Livio, IX, 46.—Ciceron, *Pro Cluencio*, 47.—Suetonio, *Claudio*, 24.

nacer esclavo todo aquel cuya madre fuese esclava en el momento de darle á luz, siguiendo la condicion de la madre; puesto que una esclava no podía estar ligada con legítimas nupcias, y en este sentido decidió el caso Gayo (1). Por lo demas, esta regla inflexible había sido ya derogada para casos determinados por Adriano (2) y Caracalla (3), cuya derogacion se entendia general por los jurisconsultos posteriores (4).

2.° Cuándo se pierde la calidad de ingenuo.

§ 1.° *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit illi in servitute fuisse, et postea manumissum esse. Sæpissimè enim constitutum est natalibus non officere manumissionem.*

El hombre que ha nacido ingenuo, segun la regla anterior, conserva su condicion miéntras no se hace esclavo por alguna de las causas referidas en el título precedente, únicas que reconoce la ley. Si se le reduce á esclavitud por cualquier otro medio, semejante esclavitud de *hecho*, es ineficaz para producir efectos jurídicos: en su consecuencia, permanece constantemente ingenuo; y no será libertino aunque se le manumita, pues que nunca ha sido *legalmente esclavo*.

TITULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

1.° Quiénes pertenecen á la clase de libertinos, ya por voluntad de su dueño (manumision), ya por disposicion de la ley.—2.° Naturaleza de la manumision: este acto necesita realizarse en forma legal.—3.° Formas de manumitir establecidas por el Derecho. — 4.° Casos en que los esclavos obtienen la libertad por disposicion legal, áun contra la voluntad de su dueño.— 5.° Diferente condicion jurídica de los ingenuos y libertinos, y de éstos entre sí: derecho de patronato.

1.° Quiénes pertenecen á la clase de libertinos, ya por voluntad de su dueño, ya por disposicion de la ley.

§ inicial. *Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt.*

Los que han salido legalmente de justa esclavitud se denominan *libertinos*, cuando se quiere expresar su condicion so-

(1) I, 88 y 89.
(2) D., I, 5, 18.
(3) C. IX, 47, 4.
(4) Paulo, *Sent.*, II, 24, § 2 y 3.—D., I, 5, 5, § 2 y 3.

cial; y *libertos*, cuando se les considera en sus relaciones con el *patrono*, ó sea con el que les dió la libertad.

Decimos *los que han salido*, y nó con el texto *los que han sido manumitidos;* porque si bien de ordinario era el dueño el que daba la libertad mediante la manumision, había casos en que los esclavos se hacían libres por disposicion de la ley contra la voluntad de su dueño. Añadimos *legalmente*, porque la libertad es un estado jurídico que no se pierde sino por una de las causas marcadas en la ley; ni perdida, se recupera, sino por uno de los medios que el derecho autoriza. Exigimos, por último, que la esclavitud, de la cual se haya salido fuese *justa*; porque, si no lo era, el hombre perseveraría *ingenuo*, segun dijimos en el título anterior.

Veamos, pues, qué es la manumision; cómo debió verificarse; en qué casos los esclavos llegaban á ser libres áun contra la voluntad de su señor; y cuál era la condicion de los libertinos.

2.° NATURALEZA DE LA MANUMISION: ESTE ACTO NECESITA VERIFICARSE EN FORMA LEGAL.

§ inicial. *(Continuacion.) Manumissio autem est datio libertatis. Nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, et manumissus liberatur potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit: utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postea quam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur* (1), *jure gentium tria genera hominum esse cœperunt, liberi, et his contrarium servi, et tertium genus libertini, qui desierant esse servi.*

La manumision es el *otorgamiento de la libertad*, pero de la libertad de *derecho*, nó simplemente de *hecho* (2).

El señor podia en cualquier momento renunciar la propiedad sobre su esclavo, como todo dueño puede abandonar un objeto que le pertenece; mas no conferirle el estado jurídico de libertad ni de ciudadanía; porque esto no es atribucion del particular, sino del poder social. En suma, la manumision produce un doble efecto: para el dueño, es una disminucion de su patrimonio, en tanto, en cuanto vale al

(1) C. *appellarentur*.
(2) De *manu mittere*, porque liberta á los esclavos del poder: como hasta entónces se denominaban *mancipia*, de *manu capere*.

esclavo; y para la sociedad, es la concesion de la capacidad jurídica á un sér que hasta entónces ninguna tenía. Por eso Justiniano, en este párrafo, atribuye el orígen de la manumision al derecho *de gentes* y nó al *privado*. Por eso la manumision es obra del concurso del dueño que se desprende de un valor, y de la sociedad que reconoce una persona en un sér que hasta entónces era simplemente una cosa. Por eso la sociedad estableció formas determinadas para manumitir, que la procuraran su intervencion en ese acto y vamos á reseñar.

3.° Formas de manumitir establecidas por el derecho.

§ 1.° *Multis autem modis manumissio procedit, aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis, aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed et aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam nostris constitutionibus introducti sunt.*

§ 2.° *Servi vero* (1) *a dominis semper manumitti solent: adeo, ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor aut proconsul aut præses in balneum vel in theatrum eat.*

Las solemnidades legales que para manumitir debian observarse, variaron á medida que se miró con mayor favor la libertad del hombre y significó ménos el título de ciudadano.

Primitivamente, se establecían tres: 1.ª Por medio del *censo*; haciéndose inscribir al esclavo en el censo como ciudadano con anuencia del señor (2). 2.ª Por medio de la *vindicta*, que consistía en que un tercero, de acuerdo con el dueño, reclamase en juicio la libertad del esclavo, y el magistrado le declaraba libre, supuesto que el señor no contradecia la reclamacion (3). 3.ª Por medio del *testamento*, bien legándole directamente la libertad, bien imponiendo á otra persona la obligacion de manumitirle (4). En los dos primeros casos autoriza la manumision el censor ó el magistrado, representando al pueblo; en el tercero, el pueblo mismo.

Más tarde, el *censo* desapareció; la *vindicta* se reduce á una simple declaracion ante el magistrado que se halla al paso,

(1) C. *autem*.
(2) Ulpiano, 1, 8.
(3) Tito Livio, II, 5 y XLI, 9.—D. XL, 2.—C. VII, 1.
(4) Gayo, II, 263 á 267.—Ulpiano, I, 9 y II, 7 á 11.—*Inst.* II, 24, § 2.—D. V. 1, 53; XL, 4 y 5. Cuando el esclavo recibía su libertad directamente del señor, se llama liberto *orcinus*, porque su patrono se halla en el *orco*, es decir, había muerto. No nos detenemos á exponer todas las consecuencias que producía la manumision en testamento, porque de ellas se ocupan las Instituciones al tratar de la sucesion testamentaria; y su ninguna importancia para nosotros excusa repetirlas.

cuando va al teatro ó al baño, como dice el texto (1): y el *testamento* degenera en un acto solemne sí, pero privado. La ciudad no se ocupa de las manumisiones; quiere sólo que se consignen auténticamente para que consten.

El Cristianismo, por su parte, facilita la emancipacion de los esclavos, y Constantino autoriza la manumision *en los templos* ante el obispo y el pueblo (2).

Justiniano, por último, conserva la *vindicta* (3), la *última voluntad* (4), la manumision *en los templos* (5), y autoriza como medios para manumitir la adopcion del esclavo consignada por escrito (6); la declaracion verbal ó escrita ante cinco testigos (7) y el consentimiento para que la esclava celebre matrimonio con hombre libre (8).

4.° Casos en que los esclavos obtienen la libertad por disposicion legal aun contra la voluntad de su señor.—Ordinariamente el dueño era quien concedia la libertad al esclavo en uso del derecho de propiedad; pero había muchos casos en que éste debía tamaño beneficio á las disposiciones legales; hé aquí su resúmen:

1.° *Manumision forzosa.*—Cuando el dueño tenía obligacion de manumitir en virtud de un convenio (9) ó de una disposicion testamentaria (10), y cuando le manumitia una de las varias personas que tenían derecho sobre el esclavo (11).

2.° *Dignidad.*—Si el esclavo es admitido al servicio del Emperador, recibe órdenes sagradas á ciencia y paciencia de su dueño, es admitido en religion y han transcurrido tres años sin reclamar el dueño (12).

3.° *Pena* al dueño por abandonar al esclavo enfermo y anciano (13); prostituir la esclava faltando á la condicion que se impuso al adquirirla (14); circuncidar al esclavo cristiano, siendo judío el dueño (15); y exponer al esclavo infante (16).

(1) Gayo, I, 20.—D., XL., 2, 7, 8, 17, 21, 23, etc.
(2) *Código Teodosiano*, IV, 7.—C. I, 13.
(3) C. VII, 1.
(4) C. VII, 2.
(5) C. 1, 13.
(6) C. VII, 6, un. § 10.—*Inst.*, I, 11, § 12.
(7) C. VII, 6, un. § 1 y 2.
(8) C. VII, 6 un. § 9,—Nov. XXII, cap. 10.
(9) C. IV, 56, 2 y VII, 16, 8.—D., IV. 57, 1, 2. 3 y 6; y XL, 1, 5 y 6.
(10) *Inst.*, II, 24, § 2.—D., XL, 5.—C. VII, 4.
(11) *Inst.*, II, 7. § 4.—C. VII, 7 y VII, 15 —D., XXVIII, 5, 9, § 20.
(12) C., XII, 5, 4.—Nov. V, cap. 2 y Nov. CXXIII, cap. 17 y 35.
(13) D., XL, 8, 2.
(14) D., XXXVII, 14, 7 y XL, 8, 7.—C. IV, 56, 1, 2 y 3.
(15) C., I, 10.
(16) C. VIII, 52, 2, 3.—Nov. CLIII.

4.° *Recompensa al esclavo.*—Cuando descubre los autores de la muerte de su dueño (1) ó denuncia los crímenes de falsificacion de moneda, rapto, ó desercion (2).

5.° *Prescripcion* de la libertad por diez ó veinte años (3).

5. — Diferente condicion jurídica de los ingenuos y libertinos y de éstos entre sí; derecho de patronato.

§ 3.° *Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives Romani, modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Ælia Sentia dediticiorum numero. Sed dediticiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit; Latinorum vero nomen non frequentabatur: ideoque nostra pietas omnia augere, et in meliorem statum reducere desiderans, in duabus constitutionibus hoc emendavit, et in pristinum statum reduxit, quia et a primis urbis Romanæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem (4), quam habebat manumissor nisi quod scilicet libertinus sit, qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedicticios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quæstore, antiqui juris altercationes placavimus; Latinos autem Junianus, et omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos nullo, nec ætatis manumissi, nec dominii manumissoris, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Romana donavimus; multis additis modis, per quos possit libertas servis, cum civitate Romana, quæ sola in præsenti est, præstari.*

Desde el orígen de Roma venía siendo muy diferente la condicion jurídica de los libertinos é ingenuos: y desde el comienzo del Imperio, la de los libertinos entre sí.

El ingenuo se diferenciaba del libertino tanto en la estimacion pública, que no podía ménos de recordar su anterior estado, como en el órden legal. El ingenuo gozaba de la plena capacidad jurídica: el libertino carecia de todo derecho político (5) y en gran parte del privado, segun la diferente clase á que pertenecía.

(1) D., XL, 8, 2.—C. VII, 13, 1.
(2) C. VII, 13, 2, 3 y 4.
(3) D., XL, 9, 16, § 3.—C. VII, 22, 2.
(4) C. *ea.*
(5) C. IX, 21; X, 32, 1 y XII, 1, 9.

En los primeros tiempos hubo sólo una clase de libertinos. Si el que hacía la manumision tenia sobre el esclavo el *jus quiritium*, y empleaba una de las formas establecidas, el censo, la vindicta ó el testamento, daba al manumitido la ciudadanía romana (1). Si por el contrario faltaba alguno de los requisitos, la manumision carecía de todo efecto legal; y como el manumitido no adquiria la *libertad jurídica*, sino la libertad de hecho, *in libertate morabatur*, el dueño podía en rigor de derecho volver á recuperarle; si bien el Pretor, movido de la equidad, le mantenía en posesion de la libertad cuando el dueño le vindicaba, faltando á su palabra (2).

La ley Junia Norbana, en tiempo de Tiberio, fijó la suerte de todos estos manumitidos irregularmente, dándoles la condicion de *latinos junianos* (3).

Por último, la ley *Ælia Sentia*, de la época de Augusto, cuyas disposiciores resumirémos en el título siguiente, había ya equiparado á los latinos los esclavos menores de treinta años que no fueran manumitidos por vindicta y mediante una causa legítima. Declaró tambien que los esclavos castigados con penas corporales no se harían ciudadanos, ni siquiera latinos, sino *dediticios* (4).

De todo lo cual resultaron tres clases de libertinos: ***ciudadanos romanos***, ***latino junianos*** y ***dediticios***.

Justiniano, que ha disminuido los casos en que un libre se hace esclavo; que ha multiplicado los procedimientos para que el esclavo se haga libre; y que en los títulos siguientes removerá todos los obstáculos que á la libertad de manumitir opusieron las leyes antiguas; declara en este lugar ciudadano á todo manumitido y le equipara al ingenuo con

(1) Pero no completa. Ni tenía derechos políticos ni podía usar el anillo de oro propio de los ingenuos, á no concedérsele por gracia especial (D., XL, 10, 5 y 6), ni casarse con persona de condicion ingenua, prohibicion que más tarde se circunscribió á los Senadores. (TITO LIVIO, XXXIX, 19.—D., XXIII, 2, 16.) Por otra parte, se hallaba sujeto al derecho de patronato y condenado á ser nuevamente esclavo si se mostraba ingrato con su patrono.

(2) A este género de manumisiones pertenecían las que refieren los historiadores por *adopcion*, *inter amicos*, *inter epulas*, *per epistolam*, *etc.*

(3) Se llamaban *latinos*, porque su condicion jurídica se asimilaba á los latinos de las colonías (*Hist.*, pág. 67); pero carecían del *commercium mortis causa*, no pudiendo disponer ni adquirir por testamento directamente, aunque sí por fideicomiso. Tambien podían llegar á ser ciudadanos si se les manumitía de nuevo en forma legal y en otros muchos casos. (GAYO, I, 17, 22, 23, 24, 29 y sig., III, 56.—ULPIANO, III, 4.)

(4) Se llamaban *dediticios* los pueblos que habiendo peleado contra el pueblo romano, sucumben y se entregan á discrecion. (GAYO, I, 13, 14 y 15.)

Estos ni podían testar ni adquirir por testamento ó fideicomiso, ni tenían medio de llegar á ser ciudadanos, ni residir siquiera en Roma ó en cien millas al contorno, so pena de ser vendidos como esclavos y bajo la condicion de no ser jamás manumitidos. (GAYO, I, 25, 26 y 27.)

todas sus prerogativas, excepto el derecho de patronato.

Correspondía el derecho de patronato al que había sido dueño del esclavo (1); y en su defecto, á sus descendientes más próximos (2), si el ascendiente no le adjudicaba especialmente á uno de ellos (3); y le ejercia tanto sobre el liberto como sobre su descendencia (4). El liberto debía á su patrono respeto y obediencia (5): no podía demandarle sin autorizacion del magistrado (6): en caso de indigencia, tenía obligacion de prestar alimentos al patrono, á sus ascendientes ó descendientes (7): de encargarse de la tutela de éstos si se le nombraba para desempeñarle (8); y de prestar al patrono y á sus herederos los servicios (*operæ officiales*) que hubiere prometido al manumitirle (9). Si faltaba ingratamente á estos deberes, podía reducirle de nuevo á la esclavitud (10). Por último, el patrono y su familia tenían derechos de sucesion al morir el liberto, de los cuales se tratará oportunamente.

TÍTULO VI.

QUIÉNES Y POR QUÉ CAUSAS NO PUEDEN MANUMITIR.

1.° Circunstancias que ocasionaron las reformas hechas por Augusto en la manumision: cuáles fueron éstas: con qué órden se ocupa Justiniano de ellas.—2.° Prohibicion de manumitir en fraude de acreedores.—3.° Cuándo se entiende que la manumision es en fraude de acreedores.—4.° Caso especial en que se permite manumitir aunque resulte perjuicio para los acreedores.—5.° Restricciones especiales que tenía para manumitir el dueño menor de veinte años: reforma de Justiniano.

1.° CIRCUNSTANCIAS QUE OCASIONARON LAS REFORMAS HECHAS POR AUGUSTO EN LA MANUMISION: CUÁLES FUERON ÉSTAS: CON QUÉ ÓRDEN SE OCUPA DE ELLAS JUSTINIANO.

Desde fines del siglo IV, comenzó á sentirse la necesidad de poner alguna traba al creciente abuso que se observaba en la facultad de manumitir; y al efecto creó la ley Manlia el

(1) GAYO, III, 59, 60 y 62.—ULPIANO, XXVII, 2.—D., XXVI, 4, 3, § 3; XXXVII, 14, 8 y 24.
(2) GAYO, III, 58 y 61.—ULPIANO, XXVII, 3 y 4.—D., XXXVII, 14, 4 y 9 y XXXVIII, 2, 23.
(3) *Inst.*, III, 8.—D., XXXVIII, 4.
(4) C. VI, 7, 3 y 4.
(5) D., XXXVII, 15, 2, 5, 6, 7 y 19.—C. VI, 6, 1.
(6) D., II, 4, 4, 10, 24 y 25.
(7) D., XXIII, 3, 5, 6 y 9 y XXXVII, 14, 24.
(8) D., XXXVII, 14, 19.
(9) D., XXXVIII, 1, 7, 22, 23 y 24.—XLV, 1, 54 y 73.
(10) D., XXV, 3, 6; XXXVII, 15, 19, XL, 9, 30; y L, 16, 70.—C. VI, 7, 2 y 4.

impuesto de 5 por 100 sobre el valor de todo esclavo que se manumitiera. El mal, sin embargo, fué en aumento, ya por el excesivo número de los esclavos que proporcionaban las incesantes conquistas, ya por la degradacion á que habían llegado las costumbres (1). Dueño Augusto del poder, trató de reconstituir aquella sociedad tan desquiciada por las guerras social y civil; y uno de los puntos sobre que fijó preferentemente su atencion fué el gran daño que á la ciudad producían los innumerables esclavos manumitidos por lo comun en recompensa de algun crímen, sin nombre, sin familia, sin bienes, sin amor á una ciudad que los había degradado, y por consecuencia dispuestos siempre á toda clase de perturbaciones.

Para impedir que se agravase este cáncer social, dictó Augusto dos leyes, la *Ælia Sentia* y la *Fusia Caninia*. La segunda fijaba el número de esclavos que podia manumitirse *mortis causa*, segun verémos en el título inmediato, siguiendo á Justiniano. La primera contenía cuatro extremos, dos de los cuales se referían á los efectos de la manumision, y á ellos aluden las Instituciones en el título anterior; y los otros dos, á la facultad de manumitir que son objeto del presente. Mas ántes de proceder á examinarlas, las resumirémos para presentar en conjunto el sistema de Augusto.

El fundador del Imperio debía desconfiar muy especialmente de los manumitidos que durante su esclavitud hubieran sido criminales; de los que no habiendo delinquido aún, pudieran ser por sus pocos años materia dispuesta para erigirse en instrumento del desórden; y de los que, cualquiera que fuese su edad, hubieran sido manumitidos por dueños jóvenes. Aparte de estas consideraciones de política, se hacía necesario reprimir las manumisiones en perjuicio de tercero. En su virtud dispuso la ley *Ælia Sentia*:

1.° Que el manumitido que durante su esclavitud hubiera sufrido una pena infamante, adquiriese solamente la calidad de *dediticio*, como ya sabemos.

2.° Que la manumision de un esclavo menor de treinta años, únicamente le daría la ciudadanía si se practicaba por vindicta y mediante una causa que el Consejo estimase justa, á no ser que por hallarse el dueño insolvente le concediese la libertad en testamento, instituyéndole heredero (2): en otro

(1) *Hist.*, págs. 102 y sig.

(2) El Consejo se componía en Roma de cinco senadores y de cinco caballeros romanos, púberos: en las provincias, de veinte *recuperadores*, ciudadanos romanos. (GAYO, I, 18 á 21.)

caso, el manumitido se equiparaba al *latino*, cuya condicion nos es conocida.

3.° Que si el manumitente no llegaba á la edad de veinte años, hubieran de observarse los mismos requisitos que cuando el manumitido tenía ménos de treinta.

4.° Que la manumision en fraude de los acreedores, sería nula.

Estos dos últimos capítulos de la ley *Ælia Sentia* constituyen la materia del presente título, empezando por el último.

2.° Prohibicion de manumitir en fraude de acreedores.

§ inicial. *Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit: quia lex Ælia Sentia impedit libertatem.*

Este es el único capítulo de la ley *Ælia Sentia* que dejó subsistente Justiniano, porque se funda en los principios de justicia.

La manumision hecha en fraude de los acreedores no se declara únicamente *rescindible*, como en general lo son las enajenaciones fraudulentas, sino absolutamente *nula*, *ineficaz*, *nihil agit* (1). Si se hubiera reconocido la validez de la manumision en el momento de hacerse, ya sería imposible atacarla; pues una vez dada la libertad, ya no puede revocarse (2). Alguna vez los textos dicen que estas manumisiones se *rescinden*, *se revocan* (3), sin duda porque su nulidad no procede *ipso jure*, ni puede aprovecharse de ella el mismo manumitente (4), ni áun los mismos acreedores cuando ha caducado su accion, ó si con posterioridad han sido pagados (5) ó persona solvente se obliga á pagarles (6). En el caso que se hubieran hecho varias manumisiones, sólo se anularán las indispensables para que los acreedores puedan cobrar: y si los créditos de éstos fueren condicionales, la condicion de los manumitidos quedará en suspenso (7).

(1) D., XL, 9, 5, 11 y 26.
(2) *Inst.* III, 12. § 5.
(3) D., XL, 9, 5, § 2.—C. VII, 11, 1.
(4) C. VII, 8, 5.
(5) D., XL, 9, 26.
(6) *Inst.*, III, 12, § 2.
(7) D., XL, 9, 24 y 16, § 4.

3.° Cuándo se entiende que la manumision es hecha en fraude de los acreedores.

§ 3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel qui, datis libertatibus, desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intellegimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, et consilio manumittentis, et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus.*

Entendía la ley *Ælia Sentia* por *acreedores* todos aquellos que por cualquiera causa tuvieran alguna accion contra el manumitente (1). Se perjudicaba, pues, á los acreedores siempre que por resultado de la manumision, quedaban imposibilitados de hacer efectivos sus derechos. El que por compra ú otro título podía reclamar la entrega del esclavo, el que tuviera sobre él derecho de prenda, el que no podía ya cobrar por la insolvencia en que su deudor se había constituido, efecto de la manumision, se encontraban en este caso.

Mas para que la manumision se anule como fraudulenta, no basta que los acreedores sientan de hecho perjuicio en sus intereses; es preciso además que el manumitente haya procedido *con intencion* de perjudicarles: porque, como dice Papiniano, *fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur* (2).

De manera que sólo se aplica la ley *Ælia Sentia* cuando concurren simultáneamente las dos circunstancias, perjuicio é intencion de perjudicar, *cum utroque modo fraudantur creditores*. Si hubo intencion, pero nó perjuicio, porque al manumitente le quedaban todavía suficientes bienes para pagar á sus acreedores, ó si por la manumision se hizo insolvente de hecho, pero no tuvo intencion de perjudicar, porque suponía fundadamente que le quedaba caudal bastante, v. g., ignoraba que en el acto de manumitir había perdido un cargamento, no tiene aplicacion la ley de Augusto que conserva Justiniano.

(1) D., XL, 16, IX, § 2.
(2) D., L, 17, 79.

4.° Caso excepcional en que la manumision es válida, aunque resulte perjuicio para los acreedores, y se prescinde de la intencion del manumitente.

§ 1. *Licet autem domino, qui solvendo non est, testamento servum suum cum libertate heredem instituere, ut fiat liber heresque ei solus e necessarius, si modo nemo alius ex eo testamento heres extiterit, aut quia nemo heres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa heres non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, et recte: valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius heres extiturus non esset, vel servum suum necessarium heredem habeant, qui satisfacturus esset creditoribus, aut, hoc eo non faciente, creditores res hereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.*

§ 2. *Idemque juris est, etsi sine libertate servus heres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione — ut ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur — cum non est verisimili, eum, quem heredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, et neminem sibi heredem fore.*

Aunque la ley *Ælia Sentia* condenaba en general toda manumision, de la cual resultase perjuicio para los acreedores del dueño, y éste lo conociese al manumitir, exceptuó el caso del texto. Los herederos no querian aceptar las herencias cuando estaban muy recargadas de deudas: y entónces los acreedores se apoderaban de los bienes, vendiéndolos á nombre del difunto, lo cual infamaba la memoria de éste. Para evitar semejante ignominia, el deudor insolvente manumitía en testamento é instituía por heredero á un esclavo propio, que como tal no podia ménos de adir, pues era heredero necesario: así lograba el finado que los bienes no se vendiesen á su nombre, sino al del esclavo.

Esta manumision subsistía aunque el precio del esclavo manumitido, disminuyendo el caudal hereditario, hiciera falta para que los acreedores cobrasen; y sin poder discutirse sobre la intencion que presidió al hacerla. Pero era indispensable que el esclavo fuera el *único heredero*; bien porque á él solamente se había instituido, bien porque los demas hombres libres instituidos ó sustitutos, no quisieran ó no pudieran adir (1). Por esto, si manumitía á varios, sólo era libre el primer nombrado (2): si no habia prioridad en el nombramiento, ninguno se entendía manumitido (3): si el uno era

(1) D., XXVII, 5, 57. (2) Ulp.—*Reg.*, I, § 14. (3) D., XXVIII, 5, 42, 43.

instituido y el otro sustituto, se entendía manumitido el primero (1).

Justiniano conserva tambien esta doctrina excepcional; y en beneficio de la libertad resuelve por una constitucion (2) que con sólo instituir por heredero á un esclavo, se entiende que le manumite, puesto que sin ser libre no podía aceptar la herencia.

5.° Restricciones especiales que tenía para manumitir el dueño menor de veinte años: reformas de Justiniano.

§ 4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minore viginti annis non aliter manumittere permittitur quam si vindicta, apud consilium, justa causa manumissionis adprobata fuerit.*

§ 5. *Justæ autem manumissionis causæ sunt: veluti siquis patrem, aut matrem, aut filium filiamve, aut fratrem sororemve naturales, aut pædagogum, aut nutricem educatoremve, aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum, procuratoris habendi gratia, aut ancillam, matrimonii causa, dum tamen intra sex menses uxor ducatur, nisi justa causa impediat, et qui manumittitur procuratoris habendi gratia ne minor septem et decem annis manumittatur.*

§ 6. *Semel autem causa adprobata, sive vera, sive falsa sit, non retractatur.*

§ 7. *Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus sit, eveniebat, ut, qui quatuordecim annos ætatis expleverit, licet testamentum facere possit, et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen, si adhuc minor sit annis viginti, libertatem servo dare non poterat (3). Quod non erat ferendum. Si is, cui totorum bonorum in testamento dispositio data erat, uni servo libertatem dare non permittebatur, quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita et servos suos in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit permittimus, ut et libertatem eis possit præstare? Sed cum libertas inæstimabilis est, et propter hoc ante vicensimum ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non alter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum impleveri, et octavum decimum tetigerit. Cum enim antiquitas hujusmodi ætati et pro aliis postulare concessit, cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut et ad libertates dandas servis suis possint provenire?*

(1) D., XXVIII, 5, 57. (2) C. VI, 27, 5. (3) C. *posset.*

Siendo igual la desconfianza de Augusto en las manumisiones hechas por jóvenes que en las verificadas á favor de jóvenes, debió tomar idénticas precauciones para unas y otras. Por eso dice el texto que la ley *Ælia Sentia* no permitía al menor de veinte años manumitir sino por vindicta, y siendo aprobada por el Consejo la causa de la manumision; esto es, con las mismas solemnidades que hemos dicho se exigían para manumitir un esclavo menor de treinta años, cualquiera que fuese la edad del manumitente.

Tres circunstancias especiales separaban estos dos casos de manumision. En general, podía manumitirse indistintamente por censo, testamento ó vindicta, aunque se prefiriese ésta por ser de efecto más inmediato, pues podría utilizarse en todo momento, áun cuando se encontraba al magistrado accidentalmente, y no se necesitaba previa justificacion de motivo; aquí, sólo cabía emplear la víndicta, y nó el censo ni el testamento: el Consejo necesita estimar justa la causa que impele á dar la libertad: y el acto de la manumision debe practicarse ante el Consejo en dias determinados (1).

Respecto á las causas que podían apreciarse justas, el párrafo 5.° enumera por vía de ejemplo las más frecuentes; pero dejando á la prudencia del Consejo la aprobacion de todas las que hallase recomendables (2). Por lo demas, una vez calificada de justa la causa, no era posible retractarse, como recuerda el párrafo 6.°; porque no es revocable la libertad ya otorgada.

Tales son las disposiciones de la ley *Ælia Sentia*; y de ellas resultaba que al menor de veinte años le estaba prohibido manumitir por testamento. No tenía Justiniano que reorganizar la sociedad como Augusto: en su época, la manumision había llegado á ser un acto privado, sin que la autoridad pública tuviese verdadera intervencion: el título de ciudadano suponía bien poco: y por último, la tendencia dominante era favorecer la libertad. Prescinde, pues, de las consideraciones políticas que ocasionaron aquella ley: plantea la cuestion en el terreno jurídico estricto, y se pregunta: ¿por qué un menor de veinte años no ha de poder manumitir en testamento, cuando puede otorgarle desde los catorce y disponer en él de todos sus bienes? El único motivo que encuentra para que la antigüedad introdujese esta restriccion, es que la libertad carece de precio; pero vuelve á interrogarse:

(1) Gayo, I, 20 y 38.
(2) Los jurisconsultos mencionan otras causas. (D., XL, 2, 9 y 15.—Gayo I, 39.

si la antigüedad permitió al mayor de diez y siete años postular por otros, ¿por qué no le juzgó tambien con discrecion bastante para manumitir desde esa edad? El argumento le parece decisivo; y en su consecuencia ordena que todo el que haya cumplido diez y siete años pueda manumitir por testamento. Debió, sin embargo, no quedar muy satisfecho el Emperador de su razonamiento y conclusiones; pues á los pocos años declaró que pudiera manumitirse por testamento desde la edad en que es permitido otorgarle.

Resulta, en definitiva, que la ley *Ælia Sentia*, en cuanto se refiere á las manumisiones hechas por menores de veinte años, quedó modificada en este párrafo y abolida en la Novela CXIX, cap. 2.

TÍTULO VII.

DE LA ABROGACION DE LA LEY FUSIA CANINIA.

Lege Furia (1) *Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis. Quam quasi libertatibus impedientem et quodammodo invidam, tollendam esse censuimus, cum satis fuerat inhumanum, vivos quidem licentiam habere, totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertati* (2), *morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.*

Para impedir que la ciudad continuara inundándose de manumitidos, tasó Augusto en la ley *Fusia Caninia* el número proporcional de esclavos á quienes pudiera darse libertad por testamento. La proporcion era la siguiente: el que tuviera uno ó dos esclavos, podía manumitirlos; de tres á diez, solamente la mitad; de diez á treinta, la tercera parte; de treinta á ciento, la cuarta parte; de ciento á quinientos, la quinta parte; y nunca más de ciento. Si manumitía mayor número, sólo se hacían libres los que la ley permitía, segun el órden de su nombramiento; si no constaba ese órden, porque se les había manumitido en conjunto ó escrito en círculo, ninguno conseguía la libertad (3). Circunscribió esta limitacion á las manumisiones *mortis causa*, porque era frecuente dar libertad á muchos esclavos para despues de la muerte, cuando ya no se necesitaban, con objeto de que figurase en el cortejo fúnebre

(1) C. *Fusia.*
(2) *Libertatem impediat.*
(3) GAYO, I. 42 á 46

un gran número de manumitidos que acreditasen la magnanimidad del finado (1), sobre todo cuando el testador no tenía especial afecto al heredero: abuso que no se observaba en las manumisiones *inter vivos*, porque los romanos no pecaron de generosos.

En tiempo de Justiniano el Imperio estaba consolidado; y por otra parte, el número de esclavos había disminuido tanto como las conquistas: así pudo mostrarse equitativo con los moribundos, otorgándoles para manumitir en última voluntad la misma latitud que habían tenido por actos *inter vivos*.

TÍTULO VIII.

DE LOS QUE SON *sui juris* Y *alieni juris*.

1.° Razon del órden.—2.° Quién se denomina *sui juris ó paterfamilias* y quién *alieni juris*.—Diverso carácter y constitucion que presenta la familia antigua y en tiempo de Justiniano.—4.° Personas que respectivamente se hallaban sometidas al *paterfamilias* y distinta condicion jurídica de las mismas.—5.° Potestad del dueño sobre los esclavos (materia especial de este título).

1.° Razon del órden.—Justiniano ha tratado en los Títulos anteriores del *estado de libertad*; y como el *de ciudad* no tenía importancia en su época, pasa á exponer desde el presente Título hasta el XII inclusive, lo relativo al *estado de familia*. Acerca de éste se limita el Emperador á describirle como se halla en su tiempo: pero es necesario recordar lo que la familia había sido en lo antiguo, ya para poder apreciar el profundo cambio que experimentó, ya porque en muchas instituciones aparecen reminiscencias de su primitiva constitucion.

2.° Quién se denomina «sui juris ó paterfamliias» y quién «alieni juris.»—Tanto en el tiempo de la antigua como en el de la nueva familia se llamó persona *sui juris* ó *paterfamilias* al que no tenía superior en la sociedad doméstica, cualquiera que fuese su edad y aunque careciese de descendencia: el calificativo *sui juris* daba á entender que redundaba exclusiva y directamente en su utilidad personal la capacidad jurídica de que gozaba. Por el contrario, llamábase

(1) Dion Casio, IV, 21.

alieni juris al que en la sociedad doméstica tenía un superior, porque, si bien como libre y ciudadano, tenía capacidad jurídica, no podía ejercitarla en provecho propio, sino en el de su jefe. Veamos quiénes se hallaban en esta situacion inferior segun la diferente constitucion que tuvo la familia.

3.º DIVERSO CARÁCTER Y CONSTITUCION QUE PRESENTA LA FAMILIA ANTIGUA Y EN TIEMPO DE JUSTINIANO.—Primitivamente la familia era una sociedad religiosa y política, un Estado independiente. Constituian esta sociedad y gozaban por consecuencia de los derechos familiares, la mujer si se hallaba *in manu mariti*, y los descendientes, ya legítimos, ya adoptivos que no se hubiesen emancipado (*agnati*): las demas personas sometidas al jefe doméstico, así como los descendientes emancipados (*cognati*), eran extraños á la asociacion y no participaban de aquellos derechos (1). Al frente de aquel pequeño Estado se encontraba el *paterfamilias* investido de la plenitud de poder: como *sacerdote*, dirigía el culto doméstico, en el cual tenían los súbditos mera participacion: como *magistrado*, decidía toda controversia y penaba hasta con la muerte á los delincuentes: y como *propietario único*, se incautaba y disponía libremente de cuanto adquirian los subordinados y áun de ellos mismos. Los antiguos romanos profesaban el principio de que el poder en todas las esferas debía ser ilimitado para que el investido de él no encuentre obstáculos al cumplir su mision y sea responsable cuando no la realice convenientemente. Pero si la autoridad del *paterfamilias* era omnímoda en el órden legal, tenia en el moral la intervencion de la *gens*, *del Censor* y de los *Tribunales de familia* (2).

En tiempo de Justiniano todo ha cambiado de aspecto. La mujer ya no está *in manu*: los hijos emancipados se equiparan á los constituidos en potestad: los *agnados* y *cognados* disfrutan igualmente de los derechos familiares: en suma, la familia *natural*, fundada en los vínculos de la sangre, reemplaza á la *civil*, basada en la circunstancia de ser actualmente miembros de la misma sociedad doméstica. Por otra parte, la autoridad del *paterfamilias* ha sido quebrantada profundamente: su sacerdocio terminó con el culto de los *lares*: su magistratura se limita á imponer las correcciones indispensables para la direccion de sus súbditos: y ni si-

(1) *Hist.*, pág. 123. (2) *Hist.*, págs. 79 y 125.

quiera es ya el *único* propietario en la casa, porque los descendientes pueden tener su patrimonio individual.

4.° Personas que respectivamente se hallan sometidas al «paterfamilias» y distinta condicion jurídica de las mismas.—Antiguamente se encontraban sometidas al jefe doméstico cuatro clases de personas: 1.° La mujer del *paterfamilias* que hubiese entrado *in manu mariti*. 2.° Ciertas personas libres que le hubieran sido cedidas *in mancipio* por su respectivo jefe. 3.° Sus esclavos, todos los cuales se hallaban *in potestate dominica*. 4.° Sus descendientes que estaban *in potestate patria*.

En la época de Justiniano han desaparecido la *manus* y el *mancipium*: no quedan por consecuencia más que dos clases de súbditos, los esclavos y los descendientes, segun se expresa en el siguiente

§ inicial. *Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ sunt, rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum sunt. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt: nam si cognoverimus, quæ istæ personæ sunt, simul intellegemus, quæ sui juris sunt.*

Ac prius dispiciamus de his, quæ (1) *in potestate dominorum sunt.*

Del poder sobre los esclavos trata en el presente Título, y del poder patrio en el siguiente: pero reseñarémos la condicion jurídica de las otras personas que se hallaron sometidas al *paterfamalias*, como antecedente indispensable para entender muchas instituciones, áun del derecho novísimo.

(A) *La mujer in manu* (2). La mera celebracion del matrimonio no confería el poder *manus* sobre la mujer al marido ó al jefe de ésta en la familia: para adquirirle se necesitaba que mediara uno de estos tres actos: la *confarreatio*, la *coemptio* ó el *usus* (3).

La *confaerratio* era un acto religioso, durante el cual los esposos permanecían sentados, teniendo cubiertas sus cabezas con la piel de la oveja que servía para el sacrificio (4). El gran pontífice, asistido del *flamen dialis*, los unía mediante

(1) C. *qui*.
(2) El padre de la mujer, los tutores de ésta, ó ella misma podían no prestar su asentimiento para constituirse *in manu mariti*. (*Hist.*, pág. 128.)
(3) Gayo, I, 110.—Servius. *Ad Virg.*, I, 31.
(4) Servius. *Ad Æn.*, IV, 103.

fórmulas solemnes, y consagraba una torta de harina de trigo (*farreum*) que comían juntos los desposados (1). Debían presenciar la ceremonia diez testigos, ó bien representando las cinco clases del pueblo por parte de cada esposo, ó bien porque este rito trajera su orígen de la primitiva tribu de los romanos y representasen las diez curias. Los hijos nacidos de esta union se llamaban *patrimi* ó *matrimi*, y eran los únicos que tenían aptitud para desempeñar algunas dignidades religiosas, motivo por el cual siguieron observándola cierta clase de sacerdotes cuando cayó en general desuso (2).

La *coemptio* se reducía á una venta ficticia de la mujer (*imaginaria venditio*), hecha en presencia de cinco testigos púberos y ciudadanos, y de un libripende (*libripens*) (3); es decir, por medio de la *mancipatio* que describirémos en seguida. Cuando la mujer celebraba este acto jurídico con su marido, se llamaba *coemptio matrimonii causa*, y su efecto era pasar de la patria potestad ó de la tutela, al poder del marido en concepto de hija, ó al de su suegro, en el de nieta (4). Cuando le celebraba con un extraño, se denominaba *coemptio fiduciæ causa*; y se valía de este medio para cambiar de tutor, poder testar, romper en suma los lazos civiles y religiosos con su familia, porque la *coemptio* llevaba consigo una *capitisdisminucion* mínima (5); pero no se hacía hija del supuesto comprador (6).

El *usus*.—Considerándose el poder *manus* susceptible de adquirirse por *usucapion*, como todo derecho, cuando la mujer continuaba en la posesion del marido durante un año sin que se interrumpiera por tres noches (*trinoctio*), pasaba á la familia de éste en calidad de hija (7).

El poder *manus* se disolvia por la *mancipatio* de la mujer, que ésta tenía derecho á exigir en caso de divorcio (8). Si había mediado la *confarreatio*, necesitaban los esposos practicar un acto contrario revestido de las mismas solemnidades que habían observado para su union: y en lugar de ofrecerse un sacrificio, renunciaba la mujer al culto del marido por medio de imprecaciones (9).

(1) Gayo, I, 112.—Ulp., IX.—Festo, voz *farreum*.—Tácito, *Anales*, IV, 16.—Plinio, *Hist. nat.*, XVIII, 3.
(2) Gayo, I, 112.—Tacito, *Anales*, IV, 16.
(3) Gayo, I, 113.—Serv., *Ad Æn.*, IV, 103.
(4) Gayo, I, 114 y 115; III, 3.
(5) Gayo, I, 114, 115 y 162.
(6) Gayo, I, 118.
(7) Gayo, I, 111.
(8) Gayo, I, 137.
(9) Festo, voz *diffarreatio*.—Plutarco, *Quæst rom.*, 50.

(B) *Las personas libres cedidas* in mancipio.—Los derechos que corresponden exclusivamente al ciudadano romano se hallan bajo la garantía del Estado siempre que los adquiera y trasmita ó bien con la aprobacion directa del pueblo, como sucedía en el *testamento*, *arrogacion* y *usucapion*, ó bien de sus representantes, lo cual tenía lugar en la *in jure cessio* por un juicio simulado, y en la *mancipatio*, medio más sencillo que no necesita la intervencion de la autoridad (1). Por esto, el modo usado comunmente para adquirir y trasmitir los derechos propios del ciudadano romano, así sobre las cosas como sobre las personas, era la *mancipatio* (2).

Consistía la *mancipatio* en un acto solemne que debía practicarse con las circunstancias siguientes. A presencia de cinco testigos ciudadanos romanos, púberos, y de otro ciudadano que tenía la balanza, la persona que recibía *in mancipio*, teniendo asida la cosa ó persona que iba á ser mancipada, declaraba que le pertenecía por derecho quiritario, pues la había comprado con aquella moneda que entregaba al vendedor como precio despues de haber tocado la balanza con dicha moneda (3), Fórmula que recordaba el tiempo en que sólo se usaba la moneda de cobre, y cuyo valor se apreciaba por el peso y no por el número (4).

Mediante este acto jurídico, traspasaba el *paterfamilias* su poder quiritario sobre los esclavos, sobre las personas libres y sobre las cosas *mancipi* (5). Cuando mancipaba á sus esclavos, el comprador adquiría sobre ellos dominio pleno; pero cuando mancipaba á su mujer ó á sus descendientes, tan sólo podía ceder la autoridad que sobre ellos tenía, nó una verdadera propiedad como en los esclavos, porque eran individuos libres y ciudadanos. Ahora bien, estas personas libres, mancipadas por su marido ó ascendiente, son las que se hallaban *in mancipio* del adquirente.

En la época antigua, la cesion *in mancipio* tenía lugar, ya para obtener el *paterfamilias* el precio de los servicios que al cesionario proporcionaban las personas cedidas, ya para que éstas indemnizasen con su trabajo el daño que hubieran oca-

(1) *Hist.*, pág. 135 y 136.

(2) Traslacion del derecho ó poder; porque la palabra *manus*, que vino á significar la autoridad del marido sobre su mujer, debió aplicarse en su orígen á todas las formas del poder que el pueblo garantizaba tanto sobre los bienes, como sobre las personas. Respecto á los bienes, los objetos más estimables verémos en su lugar que se denominaban *res mancipi*. Por lo que hace á las personas, los esclavos se llamaban *mancipia*; la mujer estaba *in manu mariti*; el poder que un extraño adquiere sobre las personas libres que se le cedan, toma el nombre de *mancipium*; el descendiente se liberta del poder patrio por medio de la *mancipatio*; y la forma para verificar la traslacion de todos estos poderes, *mancipatio*. (3) GAYO, I, 119 y 121 (4) GAYO, I, 122. (5) GAYO, I, 117, 118 y 120.

sionado, entregándolas en *noxa*. Su condicion en la familia á que pasaban, se equiparaba á la de los esclavos (*servorum loco habentur*), sin duda por no tener otro tipo legal á que compararlas más exactamente (1). Efecto de esta asimilacion fué, que, como los esclavos, no podian tener nada en propiedad (2); adquirían para su jefe (3); eran herederos necesarios (4); no podian adstipular (5); y para libertarse del mancipio, se necesitaba usar de la vindicta, censo ó testamento, como para manumitir un esclavo (6). Pero se diferenciaban de los esclavos en que permanecian siendo libres y ciudadanos (7), debiendo ser tratados con la dignidad correspondiente al ciudadano romano (8): no se tenía sobre ellos verdadera posesion (9); la condicion de sus descendientes quedaba en suspenso, recayendo en la patria potestad cuando su padre se libraba del mancipio, ó haciéndose *sui juris* si el padre moría en él (10); finalmente, si bien para hacerse *sui juris* se empleaban los mismos medios que para manumitir, no les fueron aplicables las restricciones de la ley *Ælia Sentia* ni *Fusia Caninia*; y áun existia la particularidad de que podian adquirir la libertad mediante el censo hasta contra la voluntad del que los tenía *in mancipio*, á no ser por causa de *noxa* (11). Una vez libre, el manumitente conservaba el derecho á ser tutor como patrono; pero no podia exigirle los servicios que al esclavo manumitido (12).

Con el tiempo la cesion *in mancipio* tan sólo se empleaba formalmente en el caso de *noxa*; su aplicacion general era para libertar del poder á las personas sometidas (13) v. gr., cuando el *paterfamilias* quiere emancipar á sus descendientes, le mancipaba una ó tres veces, segun su clase, á persona de confianza que le manumitia por vindicta; haciéndose *sui juris* (14).

(1) Gayo, I, 123.
(2) Gayo, II, 96,
(3) Gayo, II, 86.
(4) Gayo, II, 160.
(5) Gayo, III, 114.
(6) Gayo, I, 138.
(7) C. VII, 14, 8; y VIII, 47, 10.
(8) Gayo, I, 141.
(9) Gayo, II, 90.
(10) Gayo, I, 135.
(11) Gayo, I, 138, 139 y 140.
(12) Gayo, I, 66.—D., XXXVII, 12, 4; y 15, 10.
(13) Gayo, I, 141.
(14) Gayo, I, 132.—El deudor que había empeñado su persona por la *mancipatio* (*nexus*) ó era adjudicado por el magistrado (*adjudicatus, addictus*), el que con su trabajo indemnizaba al que le había redimido del cautiverio, y el que por cierto precio se comprometía en calidad de gladiador para los juegos del Circo (*auctoratus*), no estaban *in mancipio*, sino constituidos en una especie de prenda ó garantía para el cumplimiento de la obligacion. (D. XXX, 43, § 3)

5.º—POTESTAD DEL DUEÑO SOBRE LOS ESCLAVOS.

§ 1. *In potestate itaque dominorum sunt servi. Quæ quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes paræque gentes aurimadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem esse* (1). *Et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*

§ 2. *Sed hoc tempore nullis hominibus. qui sub imperio nostro sunt, licet, sine causa legibus cognita, et supra modum in servos suo sævire. Nam ex constitutione divi Pii Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui servum alienum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coërcetur, Nam consultus a quibusdam præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel ad statuas principum confugiunt, præcepit ut, si intolerabilis videatur dominorum sævitia, cogantur servos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur. Et recte: expedit enim reipublicæ, ne quis rem suam* (2) *male utatur. Cujus rescripti, ad Ælium Marcianum emissi, verba hæc sunt «Dominorum quidem potestatem in suos »servos illibatam esse oportet, nec cuiquam hominum jussuum detrahi. »Sed dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel »intolerabilem injuriam denegetur his, qui juste deprecantur. Ideoque »cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad statuam con»fugerunt; et si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami injuria »affectos cognoveris, veniri jube, ita ut in potestatem domini non revertan»tur. Qui Sabinus* (3) *si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciet, me ad»missum severius executurum.»*

El principio de que se partió en todo tiempo para determinar la condicion jurídica de los esclavos, fué que eran un objeto sobre el cual tenian los dueños absoluto dominio (4). Por eso dice el párrafo primero que los dueños tenian derecho de vida y muerte sobre los esclavos y que todo cuanto adquieren es para sus dueños.

Pero este principio jurídico no se llevó á la vida práctica con estricto rigor en todas las épocas. Primitivamente, el corto número de esclavos, la unidad de orígen y civilizacion entre ellos y sus dueños, el riesgo que éstos corrian de ser á la vez prisioneros de sus enemigos, y la intimidad de la vida doméstica, granjearon á los esclavos muchas consideraciones. En los últimos tiempos de la república, las conquistas llevan

(1) C. *fuisse*
(2) C. *re sua.*
(3) C. *deest* Sabinus.
(4) D., L.16., 215.

á Roma multitud de esclavos procedentes de países remotísimos; los romanos se consideran invencibles; y las costumbres se pervierten: por eso aparece la esclavitud con todos sus horrores (1). Finalmente, en la época del Imperio, por una parte había disminuido el número de esclavos como el de las conquistas; y por otra, los abusos de los señores eran insostenibles ante una mayor cultura y los preceptos del Cristianismo: sufrieron, pues, las restricciones oportunas que el texto indica en su párrafo 2.° y que vamos á exponer sucintamente.

El derecho del dueño sobre el esclavo, en cuanto representa un valor, se extendía á poder venderle libremente (2); darle en prenda (3) y reivindicarle de cualquier poseedor (4). Mas el omnímodo poder que tenía sobre la persona misma, sufrió las mayores restricciones. La ley Petronia prohibió la compra y venta del esclavo para luchar con las fieras, á no ser por causa que el magistrado estimase justa (5). Claudio declara libre al esclavo que su dueño abandone por enfermedad ó vejez (6), y si le mata, incurre en la pena señalada al homicidio de una persona libre (7): Adriano trasfiere al magistrado el derecho de vida y muerte que al señor correspondía, y relega por cinco años á la matrona Umbricia, que castigó atrozmente á sus esclavas (8): Antonino Pio expide el rescripto que Justiniano copia: y una serie de leyes prohibe todo atentado y castigo cruel sin que le autorice el magistrado (9); llegándose hasta prohibir que se vendieran separadamente los esclavos de una misma familia (10).

Los derechos que el dueño tenía sobre las adquisiciones de su esclavo, sufrieron naturalmente menores modificaciones, como verémos en el título 9 del libro II, siguiendo á Justiniano.

(1) *Hist.*, páginas 24, 61 121.

(2) D., XVIII, 7.—C. IV, 55. (3) C. VII, 8. (4) D., VI, 1, 13 á 22.—C. XI, 47, 7. (5) D., XVIII, 1, 42 y XLVIII, 8, 11. (6) D., XL, 8, 2.—C. VII, 6. (7) SUETONIO, *Claudio*, 25.—DION CASIO, LX, 29. (8) SPARCIANO, *Adriano*, 18.—D. I, 6, 2. (9) D., XLVIII, 8.—C. IX, 14. (10) D., XXI, 1, 35.

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

1.° Por qué diferentes medios se adquiere la patria potestad.—2.° El medio más natural y el recibido constanteuente son las nupcias.—3.° Qué se entiende por nupcias ó matrimonio.—4.° Naturaleza y efectos de la patria potestad.—5.° Sobre qué descendientes se ejerce.

1.° Por qué diferentes medios se adquiere la patria potestad.

La patria potestad, cuarto y último de los poderes que hemos dicho ejercía el paterfamilias, se adquirió en todo tiempo por medio de la generacion legítima (*nupcias*), ó recibiendo en calidad de descendientes á individuos que no pertenecían á la sociedad doméstica (*adopcion*). Desde el tiempo de Constantino puede adquirirse tambien aquella autoridad, elevando á nupcias el concubinato en que viviera un ciudadano; y más tarde, áun sin celebrar nupcias (*legitimacion*). La doctrina relativa á nupcias y legitimacion se expone en el título inmediato: la de adopcion, en el que le sigue.

2.° El medio más natural y el recibido constantemente son las nupcias.—Aunque la legitimacion y la adopcion sean en tiempo de Justiniano medios legales de adquirir la patria potestad, se distinguen las nupcias en dos circunstancias notables: 1.ª Son el medio más natural, como institucion establecida por el Supremo Hacedor: al paso que la legitimacion y la adopcion han sido creaciones del hombre para ocurrir á circunstancias históricas. 2.ª Son á la vez el medio más universal y constante; porque no hay Estado que no reconozca con mayor ó menor latitud la autoridad providencial que corresponde al padre sobre su descendencia: viceversa, la legitimacion, ni fué siempre conocida en Roma, ni todos los pueblos la admiten, ni los procedimientos para legitimar y sus efectos son los mismos en todas las legislaciones; y esta misma diversidad de criterios se observa respecto de la adopcion.

Tal es, sin duda, el motivo porque Justiniano relega para más adelante la legitimacion y adopcion, como excepciones ó modos accidentales de adquirir la patria potestad: y sólo tiene presentes las nupcias cuando nos dice en el

§ inicial. *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.*

Copiando á Gayo (1) exige el Emperador que las nupcias sean *justas*, es decir, segun el derecho civil romano, si bien podía haber omitido este requisito. Antiguamente no todos los súbditos de Roma adquirian la patria potestad sobre la descendencia que hubieran de sus nupcias; porque el matrimonio de aquéllos que carecían de *connubium*, si bien era válido con arreglo al derecho de gentes, no tenía eficacia para conferir el poder paterno exclusivo de los ciudadanos romanos (2). Mas desde que todos los habitantes del Imperio fueron declarados ciudadanos, desapareció para todos ellos la distincion entre matrimonio de derecho de gentes y nupcias justas, legítimas ó de derecho civil.

3.° Qué se entiende por nupcias ó matrimonio.

§ 1. *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitæ continens.*

Sentada en el párrafo anterior la regla general en la materia de que se encuentran sometidos á la *potestad* del ascendiente los procreados en justas nupcias, pareció sin duda conveniente definirlas á continuacion para la completa inteligencia de la regla, por más que se consagra el título siguiente á la doctrina de nupcias. Analicemos la definicion.

Conjunctio, es decir, el lazo, la union moral y legal; y así dicen las leyes: *Nuptias non concubitus sed consensus facit* (3). *Viri et mulieris*; el número singular que usa la definicion consagra la monogamia: y en el título inmediato verémos que el vínculo de un matrimonio subsistente impedía contraerlo de nuevo. *Individuam vitæ consuetudinem continens*; no quiere significarse con estas palabras que la union conyugal fuera indisoluble, sino *general, absoluta*, que producía la comunidad de vida entre los esposos, y, como resultado de ella, la unidad de condicion, de domicilio y de culto doméstico miéntras le hubo. Por esto, en lugar de aquella frase, decía más expresivamente Modestino: *Consortium omnis vitæ divini et humani juris communicatio* (4). Sin embargo, esta comunidad, verdadera en cuanto á las relaciones personales de los casados, no se extiende á su patrimonio, como verémos oportunamente.

(1) I, 55. (2) Gayo, I, 56, 66 y sigs.
(3) D., XXXV, 1, 15 y L, 17, 30. (4) D., XXIII, 2, 1.

4.° Naturaleza y efectos de la patria potestad.

§ 2. *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

Haciendo suyas Justiniano las palabras de Gayo (1), dice que la potestad sobre los descendientes es propia de los ciudadanos romanos: porque ningun otro pueblo la tiene semejante. Ofrece desde luego este lenguaje un contraste bien notable con el que usó al tratar de la pctestad sobre los esclavos: allí tuvo buen cuidado de protestar que la esclavitud era una institucion establecida por todos los pueblos, cohonestando de esta manera el que los romanos se vieran en la necesidad de adoptarla: respecto al poder paterno, hace ostentacion de que pertenece exclusivamente al pueblo romano. Esto nos prueba que la patria potestad romana, tan duramente censurada por casi todos los escritores, mereció de los romanos muy distinto concepto. El hábito de completa sumision al jefe doméstico produjo aquellos ciudadanos que obedecían al magistrado sin discutir la legalidad de sus resoluciones, que se prestaban dócilmente al rigor de la disciplina militar, y que proporcionaron á Roma tantos dias de gloria. El tradicional respeto hácia una institucion que les fué tan provechosa, excusa que Justiniano la reivindique como propia, cuando ni en su rigor antiguo era desconocida de otros pueblos (2), ni en los últimos tiempos reviste una forma tan especial que sólo se adapte á un pueblo determinado.

Se entiende por patria potestad *el conjunto de derechos que corresponden al padre de familias sobre las personas y bienes de sus descendientes legítimos, legitimados y adoptivos* (3).

Este poder corresponde exclusivamente al padre y á condicion de ser ciudadano, como dice el texto; no participando de él ni la madre (4) ni los ascendientes maternos (5). Le ejerce miéntras vive, si no ocurre alguno de los aconteci-

(1) I, 55.
(2) Gayo al ménos reconoce, si bien con el desden propio de un romano, que los *Gálatas creian* tener en potestad á los descendientes. Tampoco fué desconocida de los Hebreos, Persas, Galos y Latinos. (Aristóteles, *Eth. Nicom*, VIII, 10.—César, *De bell. gall.*, VI, 19.—Tito Liv., XII. 8.
(3) D., L, 16, 115.
(4) *Inst.*, I, 11, § 10.
(5) D., L, 16, 196.

mientos que se refieren en el Título XII; y á su muerte los hijos se hacen *sui juris* (1).

Produce dos clases de efectos: 1.° Establece relaciones jurídicas entre el jefe y los súbitos y entre éstos mismos: 2.° Confiere al padre derechos sobre las personas y bienes de sus descendientes.

(A) Relaciones jurídicas que establece. — En la constitucion de la familia romana, el *paterfamilias* reasume y absorbe en sí la personalidad jurídica de los descendientes sometidos á su autoridad en lo referente al patrimonio, ó como se dice generalmente, había unidad de personas entre todos ellos (2).

En lo referente al derecho público, los hijos de familia gozan del *jus honorum*, pudiendo como su mismo jefe desempeñar las magistraturas (3). Tampoco aparecen excluidos antiguamente del *jus suffragii;* pues si bien carecian de bienes propios, eran incluidos en la clase correspondiente al patrimonio paterno, del cual se reputaban condueños (4).

En el órden privado tienen el *jus connubii*, si bien para ejercitarle necesitan el consentimiento del padre Tienen igualmente el *commercium inter vivos;* pero la unidad de personas produce en el ejercicio de este derecho sus naturales consecuencias. Desde luego impide establecer obligacion alguna civil entre el padre y los hijos y entre éstos solos (5), aunque se reconocia una obligacion natural (6). Si los hijos celebran actos en virtud de los cuales adquieren un derecho, cede éste en beneficio del padre, único propietario de la familia, porque aquéllos no pueden tener nada propio (7); pero á la vez se reputaban copropietarios del patrimonio familiar, y á la muerte del padre le heredan forzosamente (8). Si por el contrario los hijos celebran actos por los cuales quedan obligados, esta obligacion no pesa sobre el padre (9): y los acreedores podrán reclamar de los hijos cuando lleguen á ser *sui juris* (10). Por último, la unidad de personas obstaba para que pudieran ser testigos recíprocamente en sus actos jurídicos (11).

Tales eran los principios generales que tendrán su opor-

(1) *Inst.*, I, 12, § 1.—Gayo, I, 127.
(2) *Inst.*, III, 19, § 4.—C. VI, 26, 11.
(3) D., I, 6, 9; y 7, 3; V, 1, 77 y 78; XXXVI, 1, 13 y 14; XL, 2, 18
(4) Tito Liv., XXIV, 11.
(5) *Inst.*, III, 19, § 6; D., XXIII, 1, 2 y XLI, 6, 1.
(6) D., XII, 6, 38.
(7) Gayo, II, 87 y 96.—Ulp., XIX, 18 y 19.
(8) Gayo, II, 157.—D. XXVIII, 2, 11.
(9) D., XLVI, 4, 8, § 4.
(10) D., XIV, 5, 2 y 5.
(11) Gayo, II, 105 y 107.— Ulp., XX, 3.—(*Inst.*, II, 10, § 9 y 10.

tuno desenvolvimiento principalmente en el Título XXVIII del libro III.

(*B*). *Derechos que confiere al padre sobre las personas y bienes de sus hijos.*—De los derechos sobre los bienes de los hijos se ocupan las Instituciones en el Título IX del libro II: nos concretarémos, pues, á los que el jefe de familia ejerció sobre las personas de sus descendientes.

Hasta el siglo segundo de la era cristiana fueron ilimitados, como lo era toda autoridad pública ó privada en el desempeño de su cometido: enumerarémos, sin embargo, los más principales y las restricciones que sufrieron algunos de ellos.

1.° En calidad de magistrado, termina las diferencias de los súbditos, y ejerce sobre ellos la jurisdiccion criminal en toda su extension, pudiendo imponerles todo género de penas, inclusa la de muerte; pero no podía privarles de la libertad (1). Téngase presente, sin embargo, que tan exorbitante facultad era templada por la intervencion del Censor, de la opinion pública, de las antiguas *gentes* y de los tribunales de familia (2).

Trajano manda que se emancipe á un hijo maltratado (3): Adriano destierra á un padre que dió muerte á su hijo por un delito gravísimo (4): Marciano, al consignar este acuerdo del Emperador, le justifica diciendo: *nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.* Alejandro Severo declara que el padre no puede imponer la pena de muerte, sino llevar á su hijo ante el Prefecto ó Presidente (5). Constantino castiga como parricida al que dé muerte á su descendiente (6). De manera que, segun estas últimas disposiciones, el omnímodo poder para castigar queda reducido á imponer correcciones moderadas; y en el caso de merecer un castigo severo, debe someterse el hijo al magistrado.

2.° Pudiendo utilizar el trabajo de sus hijos, podía igualmente trasmitir este derecho á un tercero, cediéndoseles por medio de la *mancipatio* (7), si bien las XII Tablas permitían

(1) D., XXVIII, 2, 11, C. VIII, 47, 10.—TITO LIV., I, 26 y II, 41.—AULO GELIO, V, 19.—DION. DE HALIC., II, 15 y 26.

(2) TITO LIV., II, 41 —SALUSTIO, *Catilina*, 39.—VALERIO MÁXIMO, V, 8, 2, 5 y 91.—SÉNECA, *De clementia*, 15.—Téngase presente el paralelo que en la Historia, página 130, hemos hecho entre los hijos de familia y los esclavos á los cuales se les equipara malamente.

(3) D., XXXVII, 12, 5.

(4) D., XLVIII, 9, 5.

(5) D., XLVIII, 8, 2.—C. VIII, 47, 3.

(6) C. IX, 17, un.

(7) GAYO, I, 117.

usar de esta facultad tres veces solamente (1) : y no podia ceder al hijo casado con su autorizacion (2).

En tiempo de Gayo el uso de la *mancipatio* servía ordinariamente para libertar á los descendientes del poder ó darlos en adopcion (3). Diocleciano y Maximiano prohiben trasferir al hijo á título de venta, de arriendo y de prenda (4). Constantino solamente permite que el padre, en caso de extrema necesidad, venda á los hijos recien nacidos (*sanguinolentos*), para evitar que se les exponga : en tal caso, el comprador adquiría derecho á los servicios ; pero el mismo que le vendió ú otro cualquiera podía redimirle entregando el precio ó un esclavo (5). Justiniano, aunque en el Código inserta la disposicion de Constantino, en una de sus Novelas (6) prohibe en absoluto retener á los hijos de los deudores, ni en concepto de prenda ni de arriendo, bajo la pena de perder el crédito, de dar otra cantidad igual al detenido ó á su padre, y de sufrir un castigo corporal.

3.° No quedando obligado el padre por los actos de sus descendientes, cuando estos incurrían en responsabilidad, era su jefe árbitro de pagar el valor del perjuicio, ó de entregarles al reclamante para que le resarciesen con su trabajo (*noxæ dedere*) (7).

Justiniano prohibe el ejercicio de este derecho como incompatible con las costumbres de su época, y ordena que los hijos puedan ser demandados personalmente, siguiendo la opinion de los antiguos jurisconsultos (8).

4.° Puede obligarles á vivir en la casa paterna, porque el domicilio del padre es tambien el de los hijos (9).

5.° Para contraer matrimonio necesitan los descendientes en potestad del consentimiento de su jefe doméstico, segun hemos dicho.

6.° Y por último, cuando son impúberos, puede su ascendiente nombrarles un tutor y hacer testamento por ellos, como verémos al tratar de la sustitucion pupilar.

No mencionamos entre los derechos del padre el criminal abuso de exponer á sus descendientes. Esta inhumanidad se equiparaba al homicidio, *Necare videtur,* dice Paulo, *is qui*

(1) Gayo, I, 132.
(2) Plutarco, *Numa*, 17.—Dion. de Halic., II, 27.
(3) Gayo, I, 118.
(4) C. IV, 43, 1.
(5) C. IV, 43, 2.
(6) Nov. CXXXIV, cap. 7.
(7) Gayo, IV, 75 y 79.
(8) *Inst.*, IV, 8, § 7.—D., IX, 4, 34.
(9) D. VI, 1, 1; XLIII, 30, 3 y 5; y L, 1, 3 y 4.

publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet (1); y las constituciones imperiales no sólo ratifican su doctrina (2), sino que hasta prohiben reclamar el esclavo á quien le ha expuesto, dando por razon, *nec enim suum quis dicere poterit; quem pereuntem contempsit* (3).

5.º Sobre qué descendientes se ejerce.

§ 3. *Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id est, nepos tuus et neptis, æque in tua sunt potestate, et pronepos et proneptis, et deinceps ceteri. Qui tamen ex filia tua nascitur, in tua potestate non est, sed in patris ejus.*

El padre de familias tenía la potestad que acabamos de reseñar: 1.º Sobre todos sus hijos. 2.º Sobre los hijos de sus descendientes varones: porque no emancipándose éstos cuando se casaban, es claro que su descendencia había de encontrarse sometida al jefe doméstico que ellos mismos tenían. Por la misma razon no podía tenerse patria potestad sobre los descendientes de las hijas, pues pasaban al poder de su padre ó de su abuelo paterno (4).

(1) D., XXV, 3, 4.
(2) C., VIII, 47, 6.
(3) C., VIII, 52, 2, 3 y 4.
(4) D., I, 6. 4.—L, 16, 196.

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

I. ESPONSALES Y NUPCIAS.—1.° Doctrinas correspondientes á este Título que omiten las Instituciones: su razon.—2.° Naturaleza, condiciones y efectos de los esponsales.—3.° Requisitos que deben concurrir en la celebracion de las nupcias.—4.° Consecuencias de las nupcias celebradas en contravencion á la ley.—5.° Efectos de las nupcias celebradas legítimamente.—6.° Disolucion de las nupcias.

II. LEGITIMACION.—1.° Idea del concubinato: sus condiciones y efectos.—2.° Naturaleza de la legitimacion.—3.° Quiénes y á quiénes pueden legitimar.—4.° Modos de hacerse la legitimacion: orígen, fundamento, requisitos y efectos de cada uno de ellos.

I.

ESPONSALES Y NUPCIAS.

1.° DOCTRINAS CORESPONDIENTES Á ESTE TÍTULO QUE OMITEN LAS INSTITUCIONES: SU RAZON.—El Digesto consagra los títulos XXIII, XXIV y XXV, á exponer las doctrinas referentes á nupcias. Trata en primer término de los esponsales, por ser un acto preliminar al matrimonio; en seguida, de lo relativo á la celebracion de las nupcias; de los efectos que éstas producen, ya respecto de los cónyuges, ya de los hijos; concluyendo por ocuparse de la disolucion del matrimonio y de sus consecuencias.

Las Instituciones se limitan en este Título á reseñar las circunstancias necesarias para la validez de las nupcias; los resultados que producen cuando se celebran contra las prescripciones legales; y en el último párrafo, la doctrina general sobre legitimacion. Lagunas tan notables proceden de que las Instituciones no son una obra original extractada del Digesto, sino que, siguiendo á Gayo, consideran las nupcias solamente como medio de adquirir la patria potestad; y bajo este mezquino punto de vista claro es que no tiene cabida ni la materia de esponsales, ni la de los efectos generales del matrimonio, ni la de su disolucion.

Seguirémos el órden del Digesto, llenando los vacíos de las Instituciones.

2.° Naturaleza, condiciones y efectos de los esponsales.

Definen las Pandectas los esponsales *mentio et repromissio nuptiarum futurarum*; esto es, promesa mutua de unirse en matrimonio (1).

Es evidente que á todo matrimonio precede el acuerdo de las partes; mas era costumbre formalizar este acuerdo por medio de la estipulacion, que consistía en una pregunta y una respuesta categórica y congruente, procedimiento indispensable en general para que resultase obligacion legal, como verémos en el tratado de contratos. Ahora bien, cada uno de los interesados, contestando á la pregunta del otro (*sponsio*), prometía que se uniría en matrimonio: por eso el compromiso se llamaba *sponsalia*, esponsales, y los que le contraían *sponsus* esposo, *sponsa* esposa, de *spondere*, prometer (2): por eso tambien se dice en la definicion *mentio et repromissio* de futuras nupcias, para consignar que la promesa debía ser hecha por cada uno de los esposos.

Podían contraer esponsales, los que carecían de impedimento para casarse (3), desde la edad de siete años; porque desde entónces se tiene ya inteligencia (4). A nombre de la hija puede celebrarlos el padre; y aunque se necesita del consentimiento de aquélla (5), se entiende que consiente cuando no lo repugna, lo cual sólo podría hacer en el caso de que el esposo fuera indigno (6). En nombre del hijo que disiente, no puede contraerlos el padre (7). Al tutor no le es permitido ligar con esponsales á sus pupilos (8).

Los esponsales eran válidos por el solo consentimiento y áun por la mera ratificacion de los interesados y de las personas que debían autorizarles para contraer matrimonio, entendiéndose que éstas consienten cuando no se oponen abiertamente (9). Es, por consecuencia, indiferente que se celebren de palabra entre presentes, ó por mensajes, corespondencia etc., entre ausentes (10); y no se necesita consignarlos

(1) D., XXIII, 1, 1.
(2) D., XXIII, 1, 2 y 3.
(3) D., XXIII, 1, 15 y 16. Esto se entiende respecto de los impedimentos perpetuos; porque los transitorios no impedían celebrar esponsales, así eran permitidos al presidente de una provincia con mujer natural de la misma (D., XXIII, 2, 38.—C. V, 2, un.), y entre impúberos.
(4) D., XXIII, 1, 14.
(5) D., XXIII, 1, 11.
(6) D., XXIII, 1, 12.
(7) D., XXIII, 1, 13.
(8) D., XXIII, 1, 6.
(9) D., XXIII, 1, 4, 5, 8; y 7, § 1.
(10) D., XXIII, 1, 18.

en escritura, ni la presencia de cierto número de testigos (1). Aunque los esponsales se hubieran contraido mediante la forma rigurosa de la estipulacion, no producían vínculos legalmente exigibles, y cada uno de los interesados era árbitro para disolver en todo tiempo el lazo moral, único que resultaba (2): tambien el padre podía disolver los esponsales de la hija sujeta á su potestad (3); pero nó el tutor los celebrados por sus pupilos (4). Y no solamente carecían de fuerza legal para obligar á la celebracion de las nupcias prometidas, sino tambien para exigir el cumplimiento de las clausulas penales que se hubiesen agregado, como opuestas á las buenas costumbres (5), por menguar la plena libertad que debe presidir al contraer matrimonio (6). Pero era indispensable manifestar de una manera expresa al otro esposo la resolucion de separarse de los esponsales: y al efecto usaban de la fórmula *conditione tua nonutor* (7).

Miéntras los esponsales no se disolvían, producían efectos semejantes á los de las nupcias. Creaban impedimento para contraer matrimonio los esposos con determinadas personas (8): si alguno de ellos celebraba esponsales ó nupcias con distinta persona, incurría en infamia (9): la falta de fidelidad se equiparaba al adulterio (10): y el esposo podía perseguir la injuria hecha á su esposa (11). De la dote que hubiera sido entregada al esposo y de las donaciones que entre ambos hubieran tenido lugar, nos ocuparémos en el Título VII del libro II.

3.° Requisitos que deben concurrir para la celebracion de las nupcias.

§ *inicial. Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum cœunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viripotentes, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias* (12) *et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere, et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut jussum parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit? Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est, ad exemplum filiæ fu-*

(1) D., XXIII, 1, 7, pr. (2) C. V., 1, 1; y 17, 5. (3) D., XXIII, 1, 10. (4) D., XXIII, 1, 6. (5) D., XL, 1, 134. (6) C. V, 1, 5. (7) D., XXIV, 2, 2. (8) *Inst.*, I, 10, § 9 —D., XXIII, 2, 12. (9) D., III, 2, 1 y 13. (10) D., XLVIII, 5, 13, § 3, (11) D., XLVII, 10, 15, § 24. (12) C. *si filiifam. sint.*

riosi filium quoque posse, et sine patris interventu, matrimonium sibi copulare secundum datum ex (1) *constitutione modum.*

Para metodizar esta doctrina, que las Instituciones exponen bastante confusamente, y seguir al propio tiempo el órden de los párrafos, dirémos que los requisitos necesarios para la celebracion del matrimonio son cuatro: 1.° Aptitud física de los contrayentes. 2.° Que no estén ligados actualmente en matrimonio. 3.° Su consentimiento y el de las personas que la ley designa. 4.° Que haya entre ellos *connubium*, ó sea, que no medie algun impedimento relativo.

1.° *Aptitud física.*—No existe: 1.° Por falta de edad hasta la pubertad (pág. 36): si se hubiera celebrado ántes de esa edad y mediase vida comun, empezaba el matrimonio tan pronto como fueran púberos (2). 2.° Por enfermedad, cuando constituía una impotencia para la generacion (3).

2.° *No estar ligados actualmente en matrimonio.*—Porque la poligamia estaba prohibida (4) y castigada severamente (5).

3.° *Consentimiento de los esposos y de las personas que la ley designa.*—Es nulo el matrimonio cuando falta el consentimiento de cualquiera de los contrayentes ó de las personas cuya autorizacion exige la ley (6); y falta el consentimiento cuando ha mediado error acerca de una cualidad esencial de la persona (7), dolo (8) ó coaccion: esta última circunstancia necesita explicarse. Por extensa que fuese la potestad del padre de familias, no alcanzó á poder disponer del matrimonio de sus hijos (9); pero si el hijo, cediendo á la coaccion de su padre, consentía en un matrimonio que no hubiera celebrado si dependiese de su arbitrio, la union subsistía (10).

Las personas que además de los cónyuges deben consentir,

(1) C. *ex nostra.*
(2) D., XXIII, 2, 4.
(3) D., XXIII, 3, 39.
(4) C. I, 9, 7.
(5) C. V, 5, 2 y IX, 9, 18 —D., III, 2, 1 y 13, § 4.
(6) D., XXIII, 2, 2. Paulo en sus *Sentencias* (II, 19, § 2), dice: *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur; sed contracta non solventur*. Para desvanecer la contradiccion que á primera vista ofrece este pasaje con la doctrina universalmente admitida de que es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento paterno, se traduce así: *la voluntad del padre es indispensable para que el hijo contraiga válidamente matrimonio; pero es ineficaz para disolver el matrimonio que su hijo ha contraido legítimamente*, segun podía hacerlo hasta que lo prohibió Antonino Pio. (PAULO, *Sent.*, V, 6, § 5.—C. V, 17, 5.
(7) Nov., XXII, cap. 10.
(8) D., XXII, 2, 30.
(9) D., XXIII, 2, 21.—C. V, 4, 12.
(10) D., XXII, 2, 22.

son por regla general sus jefes de familia, *quorum in potestate sunt*, como dice el texto. Debemos, sin embargo, distinguir entre los descendientes varones y las hembras: los primeros necesitan la autorizacion expresa de su jefe actual y la tácita por lo ménos de sus ascendientes intermediarios; por ejemplo, si viven el abuelo y el padre, deben obtener el permiso de ambos, por más que actualmente tanto ellos como el padre se hallen en poder del abuelo: por el contrario, las descendientes sólo necesitan el de aquel que es su jefe cuando van á casarse; así, en el ejemplo propuesto, cumplen con obtener el del abuelo (1). Esta diferencia se funda en que los descendientes del nieto caerán en potestad del padre, y serán herederos de éste cuando muera el abuelo, lo cual no sucede con los de la nieta, porque pasan á otra familia; y á nadie podía dársele heredero contra su voluntad: *nemini invito heres suus agnascitur.*

Mas aunque ésta era la regla general, había dos casos en que se dispensaba del consentimiento paterno: uno en que se permitía el matrimonio contra la voluntad del padre; y otro en que se exigía la autorizacion de personas que no ejercían la patria potestad. Veámoslos.

1.° Se dispensa el consentimiento del padre, cuando éste es un *mentecaptus* ó un *furiosus*. Respecto de las hijas, nunca se ofreció dificultad para que contrajesen libremente su matrimonio cuando su padre padecía cualquiera de estas dos enfermedades; fundados en el principio ántes expuesto de que no habían de darle herederos. Por lo que hace á los hijos, tambien se les concedió libertad en caso de que su padre fuese *mentecaptus*, porque no habían de condenarles á un celibato indefinido; pero no parecía justo autorizarles cuando su padre fuese simplemente *furiosus*, porque, teniendo lúcidos intervalos, podía durante ellos autorizar el matrimonio; así dice el texto *super filio variabatur*. Justiniano faculta sin distincion á los hijos é hijas para casarse libremente en uno y otro caso (2).

2.° Se prescinde igualmente del consentimiento paterno así para el matrimonio de los hijos como de las hijas, cuando el padre se halla en cautividad ó ausente sin saberse de su paradero, y han trascurrido tres años desde la cautividad ó

(1) D., XXIII, 2, 16, § 1.—C, V, 4, 5.—La ley 3 del mismo título del Digesto resuelve que basta el consentimiento del abuelo cuando se casan dos primos hermanos descendientes de hijos; pero es suponiendo que ya no se halla sujeto á patria potestad el padre del marido.

(2) C. V, 4, 25.

ausencia; porque así lo demanda la necesidad y la utilidad pública (1).

3.° En el caso de que el padre negase por sistema é infundadamente su autorizacion para el matrimonio de sus hijos, el Estado le obligaba á prestarla (2).

4.° Aunque los descendientes sólo necesitan para casarse el consentimiento de sus ascendientes cuando están en potestad de éstos, se hizo una excepcion respecto á la hija menor de veinticinco años: ésta, por más que sea *sui juris*, debe obtener la autorizacion del padre; si no tiene padre, la de la madre y de los parientes próximos; y en defecto de padre y madre, si ella por pudor no quisiera escoger entre los diversos aspirantes, el juez y los parientes inmediatos deliberarán acerca del partido más conveniente para ella (3).

Por último, el matrimonio celebrado sin el permiso de los ascendientes no era válido hasta que éstos lo aprobasen ó hasta despues de su muerte; por eso dice el texto *præcedere debeat:* y los hijos nacidos ántes, no se entendían legitimos (4). Autorizada la legitimacion por subsiguiente matrimonio, como verémos en seguida, pudo darse á estos hijos la condicion de legítimos con facilidad.

4.° *Que haya* connubium *entre los esposos, ó sea que no medie algun impedimento relativo.* Tanto en lo antiguo como en tiempo de Justiniano, sólo había *connubium* entre los ciudadanos: si éstos se casaban con persona á quien no se hubiera otorgado el *connubium*, su union no sería concubinato, pero tampoco justas nupcias; no producía la patria potestad ni los demás efectos que asignaba el derecho civil romano (5). Mas en la época de Justiniano el *connubium* se había generalizado: primitivamente era exclusivo de los fundadores, de los patricios; por la ley Canuleya se extendió á los plebeyos; por las Julia y Papia, á los libertinos; y por Caracalla á todos los súbditos del Imperio; de suerte que sólo falta *connubium* entre éstos y los pueblos no subyugados (6).

Pero si bajo este aspecto es raro el caso en que medie incapacidad relativa, puede existir frecuentemente por las consideraciones que siguen:

(1) D., XXIII, 2, 9, 10 y 11; XLIX, 15, 12, § 3.
(2) D., XXXIII, 2, 19.
(3) C., V, 4, 20.
(4) D., I, 5, 11.
(5) Ulp., *Frag.*, V, § 4.—Gayo, I, 56 y 57.—D., XLVIII, 5, 13.
(6) *Codigo Teodosiano*, III, 14, un.

(A) Cognacion legítima ó cognacion civil.

§ 1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet. Nam quarumdam nuptiis abstinendum est.*

Inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, nuptiæ contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam, vel avum et neptem, vel matrem et filium, vel aviam et nepotem, et usque ad infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo ita sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat: itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia aut neptis esse cœperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.

§ 2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiæ consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, poteris eam uxorem ducere; sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat: si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam suam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare.*

§ 3. *Fratris* (1) *vel sororis filiam uxorem ducere non licet. Sed nec neptem fratris vel sororis ducere quis potest, quamvis quarto gradu sint: cujus enim filiam uxorem ducere non licet, ejus neque neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

§ 4. *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi possunt.*

§ 5. *Item amitam, licet adoptivam, uxorem ducere non licet, item* (2) *materteram: quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magna quoque amitam et materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

En dos reglas generales podemos comprender la doctrina que casuísticamente exponen las Instituciones en estos cinco párrafos:

1.ª En la línea recta está prohibido el matrimonio hasta

(1) C. *vero*, (2) C. *Item nec.*

el infinito, bien se trate de ascendientes y descendientes legitimos ó adoptivos, y aunque la descendiente adoptiva haya sido emancipada.

2.ª En la línea colateral está prohibido siempre entre hermanos, bíen sean bilaterales ó unilaterales; entre éstos y los adoptivos miéntras se hallen unos y otros sujetos á la misma potestad, y entre un hermano y los descendientes de otro hermano hasta lo infinito (1).

(B) *Afinidad.*

§ 6. *Affinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse* (2) *est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt. Quod scilicet ita accipi debeat, si fuit nurus aut privigna* (3): *nam si adhuc nurus est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest; item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

§ 7. *Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum affinitate procedit: alioqui, si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest; item si adhuc socrus est, id est. si adhuc filia ejus tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiæ, quia duas uxores habere non possis.*

§ 8. *Mariti tamen filius ex alia uxore ex uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.*

La afinidad produce impedimento entre cada uno de los que estuvieron casados y los parientes en línea recta del otro hasta el infinito; y con sus parientes laterales, hasta el segundo grado, ó sean, los hermanos (4). Por eso dice el texto que no es lícito casarse con la hijastra *(privignam)* ó con la nuera *(norum)* pues ambas están en lugar de hijas; ni tampoco con la suegra *(socrum)*, ó con la madrastra *(novercam)*, porque están en lugar de madres. A cuyas prohibiciones debe

(1) Esta misma idea puede tambien expresarse diciendo que es posible el matrimonio entre colaterales desde que ambos distan por lo ménos dos grados del tronco comun

(2) C. *abstinendum est.*

(3) C. *tua.*

(4) C. V, 5, 5, 8 y 9.

agregarse la de matrimonio entre cuñados, segun hemos dicho.

Pero como los parientes de los cónyuges no son afines entre sí, pueden casarse, cualquiera que sea el grado de parentesco que los una con aquéllos. Así nos dice el párrafo 8.°, que pueden contraer matrimonio los hijos que cada uno de los cónyuges tuvieron de un anterior enlace.

(C) *Cuasi afinidad.*

§ 9. *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, hæc non est quidem privigna: sed Julianus hujusmodi nuptiis abstinere debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et jure facturos eos, qui hujusmodi nuptiis se abstinuerint.*

Aunque los esponsales no producían verdadera afinidad, ni ésta subsiste despues del divorcio, se prohibió el matrimonio por razon de honestidad entre la que ha celebrado esponsales y el padre é hijos de su esposo, y entre el cónyuge divorciado con los hijos que el que fué su cónyuge tenga de un matrimonio posterior.

(D) *Cognacion y afinidad naturales.*

§ 10. *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint.*

El derecho estricto no reconocía otra cognacion ni afinidad sino la nacida de justas nupcias; pero la moral hizo respetables los vínculos creados en la esclavitud que menciona el texto, y en el concubinato y uniones pasajeras que omite. Establecióse la regla de que siempre *in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* (1); y ella se aplicó en todos los casos á los ascendientes y descendientes y á los hermanos de concubinato y de contubernio (2).

(*E*) *Cognacion espiritual.*

Aunque las Instituciones no mencionan este género de relacion, Justiniano declaró nulo el matrimonio entre el padrino y el bautizado (3).

(F) *Causas distintas del parentesco.*

§ 11. *Sunt et aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris digestorum seu pandectarum ex veteri jure collectorum* (4) *enumerari permissimus.*

(1) D., L, 17, 197.
(2) D., XXIII, 2, 8 y 14, § 2 y 3.—C, V, 4, 4.
(3) C. V, 4, 26.
(4) C. *collectarum.*

Las diferentes causas á que el texto se refiere, sin enumerar, son: 1.ª Entre los autores del rapto (1) ó adulterio con la mujer robada ó adúltera. 2.ª Entre la que había estado en tutela ó curaduría con el que hubiera sido tutor ó curador y sus descendientes, aunque aquéllos hubieran muerto, mientras no se hallasen definitivamente aprobadas las cuentas (2). 3.ª Entre los que ejercían un cargo oficial en las provincias y sus hijos con mujer vecina ó domiciliada en la misma provincia (3). 4.ª Entre cristianos y judíos (4).

4.° CONSECUENCIAS DE LAS NUPCIAS CELEBRADAS EN CONTRAVENCION Á LA LEY.

§ 12. *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelleguntur, cum his* (5) *etiam incertus est: unde solent filii spurii appellari, vel a Græca voce, quasi* σποράδην *concepti, vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut, et dissoluto tali coitu, nec dotis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias coëunt* (6), *et alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.*

Aunque las Instituciones establecen unas mismas doctrinas para todas las nupcias celebradas en contravencion á la ley, debemos hacer dos advertencias:

1.ª El impedimento podía dispensarse. Durante la república se otorgaban con dificultad las dispensas por el pueblo y el Senado (7). En tiempo del Imperio, las concedieron los príncipes (8).

2.ª Cuando el impedimento era desconocido por ambos cónyuges, el matrimonio producía todos los efectos legales respecto de los contrayentes y de sus hijos: si sólo habia ignorancia por parte de uno de ellos, únicamente producía efectos legales para él y sus hijos. Mas tanto en uno como en otro caso, los casados debían separarse tan luego como tuvieran

(1) C., IX, 13, un.—Nov., CXLIII y CL.
(2) D., XXIII, 2, 59, 62, § 2 y 67.—C, V, 6, 6 y 7.
(3) D., XXIII, 2, 28, 57 y 63.—C. V, 2, 1.
(4) C., I, 9, 6.—La diferente posicion social constituia impedimento entre los senadores y sus hijos con manumitidos, cómicos y personas de mala vida. Justiniano abolió estos impedimentos. C. V, 4, 28 y 29.
(5) C. is *etiam pater*.
(6) C. *contrahunt*.
(7) TIT. LIV. XXXIX, 619.—PLUTARCO, *Quæst. rom.*, 6.
(8) D., XXIII, 2, 31.—C. V, 6, 7, y V, 8.

noticia del impedimento (1). Son los matrimonios llamados *putativos* ó de *buena fe.*

Pero si no habia mediado dispensa ni ignorancia, tenía lugar la rigurosa aplicacion del texto. El matrimonio era nulo *ipso jure*; y como tal, no producía ninguno de los efectos jurídicos asignados á las justas nupcias que vamos á exponer, ya entre los cónyuges, ya con relacion á los hijos.

5.° Efectos de las nupcias celebradas legítimamente.

Los efectos del matrimonio legítimamente celebrado se refieren á las personas y bienes de los esposos y las de sus hijos. Dejando para el título 7.°, libro II, lo referente á los bienes, nos limitarémos á las relaciones personales de los casados y su descendencia, que si bien son principalmente del dominio de la moral, ha sancionado el Derecho.

Corresponde al marido fijar la residencia de la familia, y la mujer tiene la obligacion y el derecho de seguir el domicilio que el marido escoja (2): el marido representa á su mujer en juicio (3): la mujer participa de la condicion y privilegios de su esposo (4): ambos se deben fidelidad (5), ayuda (6) y alimentos (7); no pueden entablar recíprocamente acciones penales ó infamantes (8); ni ser condenados por las obligaciones recíprocas sino *in quantum facere potest debitor* (9); ni ser compelidos á declarar contra sí (10); ni miéntras durase el matrimonio eran subsistentes las donaciones que se hicieran, al paso que tenían derecho á heredarse como verémos en su lugar.

Respecto á los descendientes, el matrimonio legal induce la presuncion de que son legítimos todos los que nazcan desde que transcurran los seis primeros meses de su celebracion hasta pasados los diez meses de disuelto (11). Esta presuncion

(1) D., XXIII, 2, 57.—C. V, 5, 4.
(2) D., V. 1, 65; XXIII, 2; 5 y L, 1, 38,—C. V. 4, 1 y VIII, 8, 3.
(3) C., II, 13, 21.
(4) C., X, 39, 11, y XII, 1. 13.
(5) C. V, 17, 8.
(6) D., XXIV, 3, 22.
(7) D., XXIV, 1, 21; y 3, 22.—C. V, 12, 29.
(8) D., XXV, 2. 1, 2, 21, 25, 26 y 29.—C. V, 21, 2; y VI, 2; 5, 21 y 22.
(9) *Inst.*, IV, 6, § 37.—D., XLII, 1, 20.
(10) D., XXII, 5, 4.
(11) D., I, 5, 12 y XXXVIII, 16; 3. § 11.—C. VII, 29, 4.—*Quia mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit. Pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant.* (D., II, 4, 5). Tanto para sostener como para impugnar la legitimidad, ya durante el matrimonio, ya cuando éste se disolvía, concedieron las leyes acciones oportunas; y con el fin de impedir partos supuestos ó negativas infundadas de su reconocimiento, adoptaron minuciosas precauciones. (Paulo. II, 24.—D., XXV, 3 y 4.—C. V, 25.)

cede ante una prueba concluyente por parte del marido (1); pero no será bastante al efecto acreditar falta de fidelidad en la mujer (2), ni la declaracion de ésta contraria á la legitimidad de los hijos (3). El nacido ántes de transcurrir los seis primeros meses se entiende legítimo si el marido no lo contradice; porque cuando se duda acerca de la condicion de los hijos, se atiende nó al tiempo de la concepcion sino al del parto, excepto en aquellos casos en que les sea más ventajosa la primera época (4). Con respecto á los nacidos despues de los diez meses posteriores á la disolucion del matrimonio, no hallamos textos que admitan la posibilidad de declararlos legítimos; se citan, sin embargo, casos de haberlo sido á los once y áun á los trece meses.

El padre de familias adquiere sobre la descendencia el poder paterno con los derechos que le son inherentes.

El padre, preferentemente, y la madre en casos excepcionales, tienen el derecho y deber de educarlos y corregirlos (5).

La madre y ascendientes ejercen la tutela legítima sobre los descendientes impúberos huérfanos de padre.

El padre, la madre y demas ascendientes, cuando son deudores de sus descendientes, no pueden ser condenados sino *in quantum facere potest debitor* (6); y tienen la facultad de testar por ellos cuando se hallen dementes.

Los descendientes están obligados á cumplir respecto á sus ascendientes los deberes de consideracion y piedad filial (7), y no pueden intentar contra ellos acciones que se opongan á estos deberes sin autorizacion del Pretor (8).

Por último, los ascendientes y descendientes no pueden ser compelidos á declarar unos contra otros (9); son entre sí sucesores *ab intestato*; herederos forzosos en cierta porcion de bienes; y se deben recíprocamente alimentos (10). Se entiende por alimentos cuanto es necesario para la vida física é intelec-

(1) D., I, 6, 6; y XXV, 3, 1, § 14.
(2) D., XLVIII, 5, 11, § 9.
(3) D., XXII, 3, 29, § 1.
(4) C. V, 27, 11.
(5) D., XLIII, 30; 1, § 3; y 3, § 5.—C. VIII, 47, 3; y IX, 15, un.
(6) *Inst.*, IV, 6, § 38.—D., XLII, 1, 16.
(7) D., XXXVII, 15.
(8) *Inst.*, IV, 16, § 3.—D., II, 4, 4 y 24; XXVII, 10, 4.—C. VIII, 47.
(9) D., XXII, 5, 4.
(10) D., XXV, 3, 4, 5 y 8.—C. V, 25, 1 y 2; VI, 61, 8, § 5.—Nov. CXXII, cap. 7.—Cuando la cognacion es ilegítima, este deber existe solamente entre los descendientes, la madre y los ascendientes maternos. (D., XXV, 3, 8 y 5, § 4); pero los nacidos de concubinato pueden exigir alimentos de su padre y de sus hermanos legítimos. (Nov. LXXXIX, cap. 12, § 4 y 6)

tual (1); deben ser proporcionados á las necesidades del que los reclama y á la fortuna del que los ha de prestar (2); y la obligacion de alimentar corresponde sucesivamente al padre, á la madre, á los abuelos paternos y á los maternos.

6.° DISOLUCION DE LAS NUPCIAS.

Dos puntos debemos examinar en este lugar: 1.° Casos en que se disuelve el matrimonio. 2.° Resultados que produce su disolucion.

(A) *Casos en que se disuelve el matrimonio.*—El matrimonio se disuelve por la *muerte ó cambio de estado* de uno de los cónyuges, por la *capitisdiminucion* y por el *divorcio* (3). Prescindiendo de la primera de estas causas por su evidencia, nos ocuparémos de las dos restantes.

1.ª *Capitisdiminucion.*—No eran iguales los efectos de la pérdida ó cambio de los tres *estados*, libertad, ciudad y familia.

Cuando uno de los cónyuges perdia el estado de libertad, el matrimonio quedaba disuelto, porque la esclavitud se equipara á la muerte (4); pero esto no se entiende en el caso que pierda la libertad por cautiverio, segun el derecho de Justiniano. En efecto, antiguamente la cautividad disolvía el matrimonio, aunque la mujer permaneciese en casa del marido cautivo (5), porque se equiparaba tambien á la muerte (6); y aunque volviese del cautiverio, no recobraba á su esposa por el derecho de postliminio (7), sino que era necesario renovar el matrimonio, si la mujer accedía (8). Pero Justiniano declara subsistente el matrimonio; y sólo puede volver á casarse el cónyuge libre cuando pasen cinco años sin tenerse noticia del cautivo (9).

La pérdida del segundo estado jurídico, la ciudad, no disuelve el matrimonio: únicamente será causa legítima de divorcio cuando el delito que dé márgen á la pena pertenezca á las categorías que despues verémos (10).

Por último, el cambio del estado en la familia, solamente impediría la continuacion del matrimonio, si producía un pa-

(1) D., L, 16, 43, 44 y 234, § 2; XXXVII, 10, 6, § 5; y 9, 1, § 19; XXIII, 3, 5, § 12; VII, 1, 45.
(2) D., XXIII, 5, 5, 10, 11, 13 y 17.—C. V, 25, 2; y VI, 61, 8, § 5.
(3) D., XXIV, 2, 1.
(4) D., XXIV, 1, 32, § 6.—Nov., XXII, cap. 9.
(5) D., XLIX, 15, 12, § 4.
(6) D, XXIV, 3, 56.
(7) D., XLIX, 15, 8.
(8) D., XLIX, 15, 14, § 1.
(9) Nov. XXII, cap. 7.
(10) D., XXIV, 1, 13, § 1.—C. V, 16, 24; y 17, 1.—Nov., XXII, cap. 8 y 13.

rentesco que constituyese impedimento: v. gr., si el padre adopta á la mujer de su hijo sin haber emancipado á éste, contra lo que previenen las Instituciones en el § 2 de este título (1).

2.ª *Divorcio.*—Etimológicamente se diferencian las palabras *divorcio* y *repudio*; la primera expresa que la mujer abandona la morada del marido, de *diverto* ó *divorto*, separar (2): la segunda, que el marido lanza de su compañía á la mujer, de *repudio*, apartar (3). El uso, sin embargo, llegó á emplearlas indistintamente; y se hizo derivar la voz divorcio de *diversitate mentium vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium* (4). Desde entónces, repudio significa la disolucion del matrimonio por la voluntad de uno de los cónyuges; y divorcio, cuando es resultado de la voluntad de ambos.

El principio romano sobre esta materia fué siempre el de que, hallándose el matrimonio fundado en el consentimiento de los interesados, debía por necesidad ser disoluble cuando así fuera la voluntad de ambos (5). Partiendo de esta base, nos dicen los historiadores que primitivamente la mujer por su propia voluntad no podía en ningun caso *divorciarse* de su marido, ni éste *repudiarla* sino por causas graves (6); pero el matrimonio en que hubiera intervenido *la confarreatio* se consideraba indisoluble (7).

Durante los primeros siglos de la república, y segun indicaciones de los textos de las XII Tablas (8), se permitió una absoluta libertad para disolver el matrimonio, considerándose nulas cuantas penas se hubiesen estipulado contra el que intentase su disolucion (9). No debió, sin embargo, abusarse de esta libertad, merced á la intervencion de los Censores y de los tribunales de familia, y sobre todo á la rigidez de costumbres, cuando tanto impresionó el divorcio de Carvilio Ruga, ocurrido á principios del siglo VI, del cual se hacen eco muchos historiadores como de un acontecimiento inusitado (10). Pero al fin de la república y en los primeros tiempos

(1) D., XXIII, 2, 17; § 1; y 67, § 3.
(2) D. IX, 2, 27, § 10; y XXIV, 2, 3.
(3) Gayo, I, 137.—D., XXIV, 3, 12, pr.
(4) D., XXIV, 2, 2.
(5) Nov. CXL.
(6) Plutarco, *Romulus*, 22.
(7) Dion. de Halic., II, 25,—Festo, voz *Diffarreatio*.
(8) D., XLVIII, 5, 43.
(9) D., XLV, 1, 134.—C. VIII, 39, 2.
(10) Dion. de Halic., II, 25.—Plutarco, *Quæst. rom.*, XIV, 59.—Aulo Gelio, IV. 3.—Valerio Máximo, II, 1, 4, etc.

del Imperio, el abuso del divorcio llegó á ser escandaloso, por la corrupcion que se había generalizado en el pueblo romano (1).

Los emperadores cristianos no proscribieron el antiguo principio de que el matrimonio era disoluble por voluntad de los interesados (2), mas trataron de reprimir la licencia por medios indirectos. Concretándonos al derecho establecido por Justiniano, deberémos distinguir tres casos:

(*a*) *Divorcio por mutuo consentimiento.* Sólo podía disolverse el matrimonio impunemente de esta manera: por hacer voto de castidad, *ad meliorem migrans vitam*, ó por impotencia del marido despues de haber transcurrido tres años de su celebracion (3). No siendo por una de estas causas, los divorciados debían permanecer durante toda su vida en un convento, y en sus bienes les sucedían sus hijos; en defecto de hijos, los ascendientes; y á falta de ascendientes, el convento (4).

(*b*) *Divorcio por el disenso de solo un cónyuge sin causa legítima* El que lo provoca es recluido en un convento; pierde la dote ó donacion *propter nuptias;* y si no hubiera ni uno ni otro, la cuarta parte de sus bienes en favor del cónyuge inocente (5).

(*c*) *Divorcio por disenso de solo un cónyuge con causa legítima.* Se imponen al que ha dado motivo para el divorcio las penas referidas en el caso anterior (6).

Eran justas causas para ambos cónyuges: ser su consorte cómplice de crímenes contra el Estado ó contra la vida del cónyuge, y la ausencia ó cautividad sin tenerse noticia durante cinco años, segun hemos dicho. Podía repudiar á la mujer el marido si contra su voluntad concurría á baños ó convites, ó permanecía fuera de la casa á no haber sido expulsada por él mismo; si contra su voluntad, ó con ignorancia del marido, tomaba parte en los espectáculos públicos; y si cometía adulterio. La mujer podía intentar el divorcio cuando el marido la inducía al adulterio ó armaba asechanzas contra su castidad; cuando con menosprecio de su esposa tenía concubina en su propia casa ó, aunque residiese fuera, no la abandonaba

(1) SÉNECA, *De Benef.*, III, 16.—VALERIO MAXIMO, VI, 3, 10, 11 y 12.—APIANO, *De bell. civ.* II, 99, etc.
(2) Nov. XXII, cap. 3.
(3) Nov. XXII, cap. 5 y 6: Nov. CXVII, cap. 10 y 12.
(4) Nov. CXXXIV, cap. 11.
(5) Nov. CXVII y CXXVII, cap. 4.
(6) C., V, 17, 11, § 1.—Nov. CXVII.

despues de reiteradas amonestaciones; cuando la acusaba falsamente del adulterio; y por impotencia (1).

La forma de divorcio, segun la ley *Julia de adulteriis*, consistía en participar esta resolucion á la otra parte por medio de un liberto propio y ante siete testigos (2). Más tarde, fué necesario consignarlo en el *libellus repudii*, cuya fórmula era: *Tuas res tibi habeto*: *Tuas res tibi agito* (3).

(B) Resultados que produce la disolucion del matrimonio. Con oportunidad expondrémos los efectos que produce la disolucion del matrimonio relativamente á los bienes de los esposos (4). Veamos ahora lo concerniente á las relaciones personales, ya entre los que estuvieron casados, ya con sus hijos,

Disuelto el matrimonio, el cónyuge que no haya sido condenado á clausura, puede contraer nuevo enlace: el marido, desde luego; la mujer, desde que trascurra un año, ó ántes, si nace un hijo (5), incurriendo en graves penas cuando contraviene á esta prohibicion (6).

Respecto á esta libertad para repetir el matrimonio, formaron los romanos diferente opinion en las distintas épocas. Antes de Augusto, honraban á la mujer que no contraía segundas nupcias (7); por más que en general consideraban el celibato como opuesto á los deberes del ciudadano para con el Estado (8). Las leyes *Julia* y *Papia Poppea*, fijaron un plazo dentro del cual tanto el marido como la mujer debían contraer segundo matrimonio; y de lo contrario, incurrían en las penas señaladas á los *célibes*. Por último, en tiempo

(1) Nov. CXVII, cap. 8 y 9.
(2) D., XXIV, 2, 9 y XXXVIII, 11, un.
(3) D., XXIV, 2, 2, § 2.—C. V, 17, 8.
(4) Lib II, tít. 7.°
(5) C. V, 9, 2.—Primitivamente este año era de diez meses. (FRAG. VAT., 321.—MACROBIO, *Saturn.*, I, 12.—SÉNECA, Epist. 63.—PAULO, I. 21, § 13): despues fué de doce meses, (C. V, 9, 2.) En su origen, debió ser una obligacion impuesta á todos los súbditos de la familia llevar luto por su jefe. (PLUTARCO, *Numa*, 12.—SÉNECA, Epist. 63.) Esta costumbre se interrumpió momentáneamente por la ley *Julia*, como indicamos en el texto. Por último, se prohibió á la mujer contraer segundas nupcias durante un año, tanto en el caso de que el matrimonio se disolviese por muerte del marido, como por divorcio, para evitar que se confundiese la paternidad. (C. 1, 3, 53, § 3; V, 9, 2 y 17, 9 y 8, § 4.)
(6) Perdía los *lucra nuptialia* del primer matrimonio; no podía suceder por última voluntad á ninguna persona; *ab intestato*, sólo á sus parientes dentro del tercer grado; y no le era permitido dar á su segundo marido, ni en dote ni en donacion *inter vivos* ni *mortis causa*, más del tercio de sus bienes. (C. V, 9, 1 y 2.—Nov. XXII, cap. 22.) Además incurría en infamia (D., III, 2, 1, 8 á 13 y 23.—C. II, 12, 15; V, 9, 1; VI, 56, 9.—Nov. XXII, cap. 2.)
(7) TÁCITO, *Anales*, II, 86.—DION. DE HALIC., VIII, 55.—TITO LIV., X, 23, etc.
(8) CICERON. *De leg.*, III, 3.—Festo, voz *Uxorium*.—VALER. MÁXIMO, II, 9.—AULO GEL., I, 6 y V, 19.

del Imperio se adoptaron muchas disposiciones para el caso de que se celebraran segundas nupcias quedando hijos de las primeras, con el fin de evitar que éstos fueran perjudicados por favorecer al nuevo cónyuge ó á los hijos del segundo matrimonio. Estas restricciones se impusieron en su orígen á la mujer; pero despues se hicieron extensivas al marido. Ninguno de los dos puede dar á su nuevo consorte *inter vivos* ó *mortis causa* mayor cantidad de bienes que la que reciba el hijo ménos favorecido del primer matrimonio (1); ni disminuir la dote ó donacion para el segundo enlace (2). Ambos deben dar á los hijos de primer matrimonio caucion de restituirles el fideicomiso constituido á su favor (3); y reservarles sin enajenar ciertos bienes que heredarán cuando muera el cónyuge binubo, con exclusion de los hijos del segundo matrimonio, como verémos en el tratado de las sucesiones (4). Además, la mujer pierde el derecho de educar á los hijos de primeras nupcias y la tutela que sobre ellos ejercía (5).

Por lo que á los hijos se refiere, la disolucion del matrimonio produce distintas consecuencias segun que haya tenido lugar por muerte ó por divorcio.

Cuando se disuelve por muerte de la madre, ninguna alteracion sufre el estado de los hijos que continuan sometidos á la paterna potestad. Cuando, por el contrario, ha fallecido el padre, los hijos se hacen *sui juris*, pero quedando su educacion á cargo de la madre, miéntras no contraiga segundas nupcias (6); salvo el caso en que el padre hubiera dispuesto otra cosa (7).

Si el matrimonio se ha disuelto por divorcio, los hijos quedan en poder del cónyuge no culpable; los gastos de la educacion, serán costeados por el padre; y en caso de ser éste indigente, por la madre (8).

(1) C. V, 9, 6, 9 y 10.—Nov. II, cap. 4.—Nov. XXII, cap. 27, 28 y 48.
(2) C., V, 3, 19.—Nov. XXII, cap. 31.
(3) C., VI, 49, 6, § 1.—Nov. XXII, cap. 41.
(4) C. V, 9, 3 y 5.—Nov. II, cap. 1, 2 y 3.—Nov. XXII, cap. 23 á 26.—Nov. XCVIII, y CXXVII, cap. 3.
(5) C. V, 49, 1.—Nov. XXII, cap. 38 y 40.—Nov. XCIV, cap. 2.—Nov. CXVIII, cap. 5.—Nov. CXLV
(6) C. V. 49, 1.—Nov. XXII, cap. 38.
(7) D., 25, 4. 1, § 10.
(8) C. V, 24.—Nov XCIV, cap. 2.—Nov. CXVII, cap. 7.

II.

LEGITIMACION.

IDEA DEL CONCUBINATO : SUS CONDICIONES Y EFECTOS.—Era el concubinato la vida marital sin propósito de constituir matrimonio, entre personas cuya union no estaba castigada por la ley. Decimos que era la *vida marital*, *consuetudo*, para distinguirla de toda otra union pasajera, ineficaz para demostrar la paternidad. *Sin propósito de constituir matrimonio*, circunstancia que separa esencialmente al concubinato de las nupcias : los que celebran éstas, hacen voto de vivir inseparables, en completa union ; participar durante toda su vida de la misma suerte ; guardarse fidelidad recíproca ; y soportar en comun sus desgracias individuales ; *individuam consuetudinem vitæ continens :* á la union en concubinato no preside el ánimo de ligarse con vínculos tan íntimos y extensos. *Entre personas cuya union no estaba castigada por la ley;* pues no toda vida marital fuera de justas nupcias se reputaba concubinato ; debían concurrir al efecto las circunstancias que vamos á reseñar.

No podían unirse en concubinato los que se hallaban ya en matrimonio con tercera persona (1) ó ligados en grado de parentesco que impidiese el matrimonio (2). Debía no haber mediado violencia ó corrupcion (3), y se suponia que mediaba siempre que la mujer era ingenua y de buenas costumbres ; de manera que sólo podían tenerse en concubinato las mujeres de mala opinion, esclavas, manumitidas y las ingenuas cuando por su parte hubieran declarado expresamente que su voluntad era descender al rango de concubinas (4). Por último, no era permitido tener más de una concubina (5). De aquí resultaba tal semejanza entre el concubinato y el matrimonio, que llegó á llamársele *inæquale conjungium* (6). No se diferenciaban sino en la intencion de los que se unían, en el *animus matrimonii*, en la *affectio*

(1) D., XLVIII, 5.—C. IX. 9.—PAULO, II, 20.
(2) PAULO, II, 26, 15.—D., XLVIII, 5, 38.
(3) D., XXV, 7 y XLVIII, 5.
(4) D., XXIII, 2, 41, § 1; XXV, 7, 1 y 3; XLVIII, 5, 3, pr.
(5) PAULO, II, 20.—C. V. 27. un, y VII, 15, 3.
(6) C. V, 27, 3.

maritalis : así nos dicen las leyes que la concubina se distingue únicamente de la mujer legítima *solo dilectu* (1), *nisi dignitate* (2). Hubo, pues, necesidad de establecer presunciones por las cuales se decidieran los casos en que se dudase si la union era matrimonio ó concubinato, supuesto que todo pendía de la intencion: se reputaba matrimonio cuando se había constituido una dote (3), ó cuando la mujer era honesta y no había declarado que se unía en concubinato (4); en otro caso se entendía concubinato (5).

El concubinato era tolerado por la opinion pública, que sólo le consideraba deshonroso para la mujer; pero no constituyó un estado legal hasta los primeros dias del Imperio. Augusto le separó de las demas uniones ilegítimas, colocándole entre las convenciones autorizadas por el derecho natural y reconociéndole oficialmente (6). Hábil político, procura con sus leyes hacer frecuente el matrimonio; pero el desenfreno de las costumbres le decide á ser indulgente con la union que ménos se desvía de la que él apetece: quiere enaltecer el matrimonio, y al efecto le prohibe con mujeres de baja esfera: pero no se atreve á condenar indistintamente toda union con ellas. En una palabra, la consideracion legal atribuida al concubinato fué una medida de transaccion entre la licencia de los romanos y los deseos de su Emperador: una consecuencia natural de la perversion del sentimiento moral y de la prohibicion del matrimonio entre diferentes clases sociales, como lo ha sido el matrimonio *morganático* en algunos pueblos modernos.

En armonía con la naturaleza del concubinato estuvieron las relaciones jurídicas que el mismo creaba, ya entre los interesados, ya con los hijos.

No presidiendo el *animus matrimonii*, no podía producir los efectos de las nupcias con relacion á las personas y bienes de los concubinarios. La ley no les da los títulos de *vir* y *uxor*; ni la mujer participa de la dignidad de su compañero; ni puede reconocerse entre ellos un vínculo perpetuo que han rehusado imponerse (7). La dote, la donacion *propter nuptias* y las disposiciones legales que regulan los bienes

(1) D., XXXII, 49, § 4.
(2) D., XXIV, 1, 3, § 1 y XXIX, 5, 31, pr.
(3) D, XXIII, 3, 3.
(4) D., XXIII, 2, 24 y XXV, 7, 3.
(5) D., XXV, 7, 1 y 3, y XLVIII, 5, 34, pr.
(6) Epígrafes de las leyes 1 y 2, tít. 7, lib. VI del Digesto.
(7) D., XXXII, 49, § 4 y XXXIX, 5, 31.

de los casados, tampoco pueden tener aplicacion, porque suponen la existencia del matrimonio (1).

Los hijos, á su vez, como nacidos fuera de nupcias, solamente tomaban el nombre y condicion de la madre, respecto de la cual gozaban de los derechos que daba la cognacion (2); siendo por consecuencia *sui juris* desde su nacimiento, porque la madre carecía de patria potestad. Con el tiempo, una serie de constituciones imperiales, que en su lugar verémos, autorizan al padre para dejarles cierta porcion de su patrimonio; declaran á los hijos con derecho á participar de la sucesion intestada del padre; y facultan á éste para que pueda elevarlos á la categoría de legítimos, mediante la legitimacion, materia del § 13 que vamos á exponer, y segundo modo de constituir la patria potestad.

§ 13. *Aliquando autem evenit, ut liberi qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem. Qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur. Nec non is, qui, a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur: quod, et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati* (3), *similiter nostra constitutio præbuit.*

2.° Naturaleza de la legitimacion.—No usaron los romanos la voz *legitimacion*. Ellos conocieron desde antiguo hechos por resultado de los cuales adquirían la patria potestad sobre hijos que no estaban en ella desde su nacimiento, aunque éste no era el fin principal ó inmediato de aquellos hechos. Por eso decía ya Gayo: *Aliquando autem evenit, ut liberi statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant, at postea tamen redigantur in potestatem* (4); y pone como ejemplo los hijos de ciudadanos que se casan con latinos ó extranjeros, creyéndoles ciudadanos, en cuyos casos, probando el error que había mediado, el cónyuge adquiría la calidad de ciudadano y los hijos entraban en potestad (5).

En tiempo de Justiniano, ya no existían términos hábiles para que tuvieran lugar los casos citados por Gayo, y cuya

(1) D., XXIII, 3, 3.—C. V, 3, 20, etc.
(2) D., I, 5, 19 y 24.—C. VI, 57, 5.
(3) C. *si alii liberi... fuerint.* vulgo: *quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio postea fuerint.*
(4) I, 65.
(5) Gayo, I, 60 y siguientes.

consecuencia remota era la adquisicion de la patria potestad; pero á su vez se habían creado medios que tenían por objeto especial legitimar la prole: por eso Justiniano copia la proposicion de Gayo y sustituye los ejemplos del jurisconsulto con los medios establecidos exclusivamente para hacer legítimos á los hijos.

Llamamos, pues, *legitimacion*, en su sentido propio: *Un acto establecido por el Derecho en virtud del cual los hijos naturales son equiparados total ó parcialmente á los legítimos en las relaciones jurídicas de familia.*

Decimos *un acto establecido por el Derecho*, porque la legitimacion es creacion de la ley, nó un medio natural de establecer las relaciones familiares, como las nupcias, en cuyos efectos se limita el Derecho á reconocer el órden establecido por la Providencia. Así, ni en Roma se conoció la legitimacion hasta los últimos tiempos, ni todas las legislaciones adoptan la doctrina romana. Por lo demás, las leyes que la han establecido no han procedido por capricho, ni tratado de alentar la inmoralidad, sino que fueron motivadas por razones más ó ménos plausibles, como verémos al exponer cada uno de los medios de legitimar. *En virtud del cual los hijos naturales;* porque ni la incertidumbre de la paternidad, ni la moral permiten que pueda conferirse los derechos de hijos á los frutos de las uniones vagas ó que la ley considera criminales. *Son equiparados total ó parcialmente á los legítimos;* porque, como verémos en seguida, no todos los medios de legitimar producen los mismos efectos. *En las relaciones jurídicas de familia:* para demostrar que los efectos de la legitimacion no se refieren á la condicion política de los ilegítimos, sino á la familiar solamente. Ante la sociedad, el vicio ó crímen que suponga el nacimiento de una persona, no debe perjudicarle en su capacidad jurídica, supuesto que no le es imputable; pero en la esfera de la familia, necesitan circunscribirse los derechos á los hijos que puedan demostrar legalmente la paternidad, hecho en el cual se fundan aquellos derechos.

3.° Quiénes y á quiénes pueden legitimar. — La facultad de legitimar corresponde exclusivamente al padre; porque la madre ni tiene autoridad en la familia, ni puede ejercer la patria potestad, que es uno de los efectos principales de la legitimacion, ni ésta cambia las relaciones jurídicas que los hijos tenían ya con la madre ántes de ser legitimados.

Puede legitimarse á los hijos nacidos de concubinato y á

sus descendientes legítimos; pero nó á descendencia ilegítima de estos hijos, cuya legitimacion corresponde á su respectivo padre. En este sentido debemos entender la palabra *liberi* demasiado general que emplea el párrafo (1). Se necesita además que los hijos consientan en la legitimacion (2).

4.° Modos de hacerse la legitimacion: orígen, fundamento, requisitos y efectos de cada uno de ellos.—Ya hemos dicho que la legitimacion, propiamente tal, no se conoció hasta el tiempo de los emperadores (3). Constantino estableció la denominada *por subsiguiente matrimonio*: Teodosio, la *por oblacion á la curia*: y Justiniano, la *por rescripto imperial*. Las Instituciones mencionan únicamente las dos primeras, porque cuando se redactaron no había creado la suya Justiniano.

Estos tres son los únicos medios verdaderos de legitimar (4): suelen mencionarse además la *denominacion de hijo* y *el testamento*; pero no merecen la consideracion de tales, como vamos á ver.

Justiniano decide en una de sus Novelas que si alguno, teniendo hijos de mujer libre con la cual pudiera estar casado, declarase, en instrumento suscrito por tres testigos fidedignos, que eran hijos suyos, sin calificarles de naturales, se entiende que estos hijos son legítimos con los derechos de tales, y su madre sea tenida como esposa sin otra prueba. Se comprende á primera vista que en esta ley no se trata de legitimacion, sino de legitimidad. Como en Roma no se exigían formalidades especiales para contraer nupcias, quedaba la prueba de su celebracion abandonada á los medios ordinarios por los cuales se acredita la existencia de cualquier otro hecho; y bajo este supuesto, tiene el Emperador por prueba suficiente de que mediaba matrimonio la declaracion formal escrita del padre, reconociendo simplemente por suya la descendencia habida de mujer que pudiera ser su esposa. Con todo cuidado advierte el legislador que en esa declaracion no se dé á los hijos el

(1) Nov. LXXXIX, cap. 2, 8, 9 y 10.
(2) D, I, 6, 11.—Nov. LXXXIX, cap. 11.
(3) Nov. LXXXIX, pr.
(4) Hasta el Bajo Imperio podían tomarse en arrogacion los hijos ilegítimos (D., I, 6, 11; y 7, 46), Anastasio reconoció los efectos de las arrogaciones que habían tenido ya lugar, con lo cual parecía dar á entender que las reprobaba para lo sucesivo (C. V, 27, 6): pero, como no lo declarase explícitamente, continuaron aquellas arrogaciones. Justino aprueba las realizadas ántes ó despues de la ley de Anastasio; mas las prohibe terminantemente para lo sucesivo (C. V, 27, 7). Justiniano, en fin, ratifica la prohibicion de Justino. (Nov. LXXIV, cap. 3, y LXXXIX, cap. 11, § 2.)

calificativo de *naturales;* pues si se les diera, en lugar de probar matrimonio, solamente acreditaría un concubinato, cuyo fruto reconocía. Esto comprueba que el instrumento otorgado por el padre no tiene la eficacia de legitimar á sus hijos naturales, sino de que se repute matrimonio la union de personas entre las cuales no mediaba impedimento para realizarle, pero que no constaba tampoco que se hubiese celebrado.

Respecto al testamento, le han contado entre los medios de legitimar, tanto los escritores, como el mismo Justiniano que le estableció: sin embargo, no es en realidad una forma esencialmente distinta de la *por rescripto.* Cuando el que solamente tiene hijos naturales, no ha podido legitimarles durante su vida por circunstancias accidentales, y manifiesta en el testamento su voluntad de que sean sus legítimos herederos, pueden los hijos, despues de fallecer su padre y exhibiendo el testamento de éste, recurrir al príncipe en solicitud de legitimacion, que les será otorgada. Como se ve, pues, la última voluntad del padre no les legitima por sí sola, sino que les autoriza para poder pedir una gracia que concede el Emperador (1).

Examinarémos separadamente los tres verdaderos modos de legitimar.

(A) Legitimacion por subsiguiente matrimonio. No estimando político Constantino atacar de frente la costumbre arraigadísima del concubinato, se dirigió al corazon de los padres para conseguir del sentimiento lo que no se prometía de la reflexion. Dispuso al efecto que los hijos habidos en concubinato obtendrían la condicion de legítimos, tan luego como celebrasen matrimonio sus padres. No se ha conservado la ley de Constantino, pero nos la da á conocer suficientemente Zenon para poder deducir que por ella no se estableció un medio ordinario y perpetuo de legitimar, y que sus beneficios eran sólo aplicables á los hijos ya concebidos, mas de ninguna manera á los venideros. Temió, sin duda, que si extendía su favor á estos últimos, pudiese servir para fomentar el concubinato la misma disposicion con que trataba de disminuirlo: fué, en suma, un indulto para lo pasado, sin crear esperanza para el porvenir. Zenon renueva la disposicion de Constantino; pero con el carácter de transitoria, es decir, aplicable solamente á los hijos concebidos ántes del nuevo indulto (2). Anastasio (3), si bien con alguna ambigüedad, pa-

(1) Nov. LXXIV, cap. 2, § 7 y LXXXIX, cap. 10. (2) C. V, 27, 5.
(3) C. V, 27, 6.

rece conceder la gracia de la legitimacion en términos más latos, pues comprende en su disposicion á los hijos *progénitos* y *procreandos*: por esto se dice comunmente que permitió legitimar los hijos que se hubiesen con posterioridad; y así tambien debieron entenderlo los contemporáneos, cuando á los once años se vió Justino (1) en el caso de declarar que la ley de Anastasio valiese solamente en los casos que hubieran sucedido hasta entónces. Por último, Justiniano sancionó el matrimonio como medio perpetuo de legitimar. Declara: 1.º que si uno hubiese tenido sin afecto marital en concubinato á mujer con quien pudiera haber contraido matrimonio, habiendo de ella hijos; y despues, sobreviniendo aquel afecto, otorgase los instrumentos nupciales; no sólo serán legítimos y en potestad del padre los que nazcan despues de esta formalidad, sino tambien los anteriores á ella. 2.º Que la legitimacion de éstos tendrá lugar aunque del matrimonio no nazcan hijos, ó aunque mueran los que nazcan, ó aunque el hijo haya sido concebido durante el concubinato y su nacimiento no se verifique hasta despues de celebrado el matrimonio. 3.º Que no será obstáculo á la legitimacion la existencia de hijos legítimos, habidos con anterioridad al concubinato, de un matrimonio legítimamente disuelto. 4.º Que tambien pueden legitimarse los hijos habidos en una esclava por su dueño, manumitiéndola y casándose con ella, sin que se necesite que manumita especialmente á los hijos. Y 5.º que el beneficio de la legitimacion se aplica tanto á los nacidos ántes como despues de sus disposiciones (2).

De todo resulta que, segun la legislacion de Justiniano, el subsiguiente matrimonio entre los que vivian en concubinato fué un medio ordinario y perpetuo de legitimar; extensivo, por consecuencia, tanto á los hijos nacidos de uniones anteriores á la ley, como de las formadas con posterioridad: realizable, aunque el padre tenga descendencia legítima de matrimonios anteriores; y aplicable, áun en el caso de ser la madre esclava: con tal, empero, que medien las debidas condiciones que el párrafo indica y vamos á exponer.

Es la primera que los hijos sean habidos de mujer con quien el padre hubiera podido casarse en lugar de haberla tenido por concubina, *cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat*. Algunos exigen esta aptitud sólo al tiempo de verificarse la legitimacion; pero desde luego aparece que se

(1) C. V, 27, 7.
(2) C. V, 27, 9 y 10.—Nov. LXXXIX.

opone á semejante inteligencia, ya la construccion gramatical del texto, ya la sencilla reflexion de que sería bien ocioso exigir por separado una circunstancia sin la cual no puede verificarse el acto que produce la legitimacion.

Deben, en segundo término, otorgarse instrumentos, donde se consigne la celebracion del matrimonio. Esta formalidad no se necesitaba para las uniones que desde su principio eran legítimos matrimonios; pero, tratándose de las que, no legales en su orígen, se legalizaban más tarde, creyó el Emperador conveniente exigir una prueba auténtica por la cual se acreditase que el concubinato se había transformado en matrimonio, y cuándo se había verificado la transformacion. Por lo demás, aunque el párrafo solamente hace mérito de los instrumentos en que se constituía la dote, *dotalibus instrumentis*, se comprende que debían equivaler á ellos las actas en que se consignase auténticamente la celebracion del matrimonio, *nuptialibus instrumentis*, aunque no hubiera constitucion de dote; ya porque las leyes relativas á esta materia usan indistintamente de ambas locuciones (1); ya porque lo esencial era probar el matrimonio: ya porque hubiera sido imposible la legitimacion cuando la madre fuera pobre, lo cual sería frecuentísimo.

Acerca del consentimiento que debían prestar los hijos, nos advierte la ley que no es obstáculo á la legitimacion de los que asienten, el disenso de los restantes hermanos.

Los efectos de esta legitimacion son expresados en el texto con las palabras *in potestate patris efficitur; quod et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati.* Ninguna dificultad ofrece el sentido de la primera frase *in potestate patris efficitur*, esto es, que el hijo habido ántes del matrimonio, queda por éste reducido á la patria potestad é igualado en todo á los legítimos; pero la aplicacion de las palabras que siguen *quod et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati*, referentes á los hijos que nazcan despues, ha sido objeto de diversos pareceres. Extraño es, en efecto, á primera vista, que al determinar los efectos de la legitimacion, se ocupe el Emperador de la condicion de los hijos que nazcan despues del matrimonio, y por consecuencia es evidente que son legítimos; pero debe tenerse en cuenta que las Constituciones relativas á esta materia suelen casi siempre expresar el doble efecto que produce el matrimonio, la legitimacion para los nacidos ántes, la le-

(1) C. V, 27, 10 y 11.—Nov. LXXIV, *præf.* y LXXXIX, cap. 8.

gitimidad para los que nazcan despues; vale tanto como decir que los primeros, de naturales, se hacen legítimos; y los segundos, en vez de naturales, nacen ya legítimos: habrá si se quiere redundancia, pero nó contradiccion. Por lo demás, no debe considerarse injusta la equiparacion de los unos y los otros, ni de ella pueden quejarse los posteriores; pues á la existencia de sus hermanos, algun dia ilegítimos, deben ordinariamente su ingénita legitimidad, efecto de un matrimonio que por amor de éstos suele contraerse.

Dos cuestiones suelen promoverse acerca de esta materia. ¿Basta al efecto el matrimonio celebrado de buena fe, es decir, por personas ignorantes del impedimento que obstaba á la validez de su enlace? ¿Será suficiente el contraido *in articulo mortis?* Aunque no se encuentren leyes especiales que las decidan, creemos que ambas deben resolverse en sentido afirmativo. La primera, de una parte, porque sería bien anómalo que el matrimonio produjese diferentes efectos entre los hijos de unos mismos padres y habidos con igual buena fe; y de otra, porque la intencion y causa impulsiva del matrimonio es comunmente la legitimacion de los hijos procreados. La segunda, porque no hay razon para distinguir donde la ley no distingue, ni para exceptuar de sus disposiciones generales un caso en que concurren tan de lleno, por lo ménos como en cualquier otro, las razones de moralidad y conveniencia que sirven de base á la institucion. Verdad es que suele no haber probabilidad de futura sucesion; pero ni esta falta es segura, ni el nacimiento de hijos con posterioridad al matrimonio es condicion necesaria para que la legitimacion produzca sus efectos, como terminantemente resolvió Justiniano.

(B) Legitimacion por oblacion á la curia. Poco más de un siglo había transcurrido desde la ley de Constantino, cuando á mediados del V, apareció la Constitucion de Teodosio y Valentiniano, dando márgen á la legitimacion *por oblacion á la curia.* Concédese en ella al padre, fuera ó no curial, que tuviese solamente descendencia natural, la facultad de incluir á sus hijos en la curia de que él sea oriundo, ó dar á sus hijas en matrimonio á individuos de la misma corporacion, pudiendo en ambos casos trasmitirles hasta la totalidad de sus bienes por donacion ó testamento.

Diez y ocho años más tarde, Leon y Antemio otorgaron además, á los hijos inscritos en la curia, la sucesion *ab intestato* de su padre, como si fueran legítimos, suponiendo que esa sería la voluntad de éste, atendida la conducta que con ellos había observado. Justiniano, en fin, no solamente rati-

ficó lo prescrito por sus antecesores, sino que permitió esta legitimacion en el caso que el padre tuviese hijos legítimos; y áun permitió á los naturales adscribirse por sí mismos á la curia cuando el padre muriese sin descendencia legítima, en cuyo caso, dice, serán tambien legítimos y curiales. Tales fueron, en resúmen, las disposiciones en virtud de las cuales vino estableciéndose de un modo cada vez más explícito, esta segunda clase de legitimacion: de aquí que los escritores atribuyan esta forma de legitimar, ora á Teodosio, ora á Leon, ora á Justiniano (1).

La razon fundamental de esta gracia nos la manifiestan explícitamente Teodosio y Valentiniano al final de su constitucion; no fué otra sino la de aumentar las curias con nuevos individuos, y favorecer á los antiguos con la fortuna que aportasen sus esposas. Tenía el Estado tanto interes en fomentar las curias, como los ciudadanos repugnancia en pertenecer á ellas. Las curias eran la base de la administracion, y la decadencia del Imperio aumentaba su importancia; pero el cargo de curial llegó á ser tan gravoso, que no se omitió medio alguno para eludirle (2), no obstante las considerables preeminencias que se le habían acumulado.

Los efectos de esta legitimacion difieren mucho de los que produce el subsiguiente matrimonio. Confiere al hijo la cualidad de legítimo, y le habilita para recibir por cualquier medio todo el caudal paterno; mas ni se constituye en la patria potestad, ni entra en la familia, ni adquiere, por consecuencia, derecho sino con relacion á su padre (3).

Debemos tambien rectificar la idea equivocada que suele formarse acerca de la condicion de los hijos así legitimados. Creen muchos que estos séres desgraciados, si bien conseguían su legitimidad, era á costa de una especie de esclavitud á la cual quedaban sujetos. Encuéntranse efectivamente, en los escritores y áun en las leyes, expresiones que en cierta manera disculpan concepto tan erróneo; pero estos pasajes no indican que los nuevos curiales quedasen verdaderamente sometidos á una condicion servil respecto de la curia, sino con frases enérgicas quieren dar á entender el cúmulo de restricciones odiosas que en el derecho comun sufrían los curiales, y las pesadas cargas que hacían intolerable su situacion. No cabe duda que para un ciudadano en la plenitud de la capacidad jurídica y dotado de suficiente patrimonio, ninguna perspectiva hala-

(1) C. V, 27, 3, 4 y 9, § 3.—Nov. LXXXIX, cap. 2 al 7.
(2) *Hist.*, pág. 174.
(3) C. V, 27, 9. pr.—Nov. LXXXIX, cap. 3 y 4.

güeña le ofrecía el órden de curiales, cuya dignidad no compensaba los sacrificios que imponía; pero al desgraciado ilegítimo, sin nombre ni fortuna, el ingreso en la curia le proporcionaba el nombre y la fortuna de su padre y un rango en la administracion pública que jamás hubiera podido conquistar. Ni se crea que este modo de legitimar podía utilizarle cualquier ciudadano: únicamente estaba al alcance de los que poseían un caudal suficiente para dotar á sus hijos del patrimonio exigido á los curiales.

(C) *Legitimacion por rescripto imperial.* Esta legitimacion se verifica, obteniendo del Emperador la gracia de que se confiera á los hijos naturales la calidad de legítimos. Consideró Justiniano al establecerla que muchas veces no es posible la celebracion del matrimonio entre los concubinarios, y quiso facilitar áun en estos casos la reparacion moral por parte de los padres culpables y la rehabilitacion de los hijos inocentes. No destruyó, pues, la legitimacion por subsiguiente matrimonio, sino que ofreció su indulgencia subsidiariamente, cuando no fuere posible reparar la falta de un modo completo; y aún entónces, con efectos bastante más limitados (1).

Las condiciones necesarias para obtener el rescripto del príncipe son: 1.ª Debe solicitarla el padre, ó los hijos cuando su padre hubiera dejado consignada su voluntad, segun hemos dicho (2). 2.ª Debía no existir prole legítima, para no perjudicarla en los derechos adquiridos. Lo contrario había decidido el mismo Emperador con relacion al subsiguiente matrimonio; y esto nos prueba evidentemente cuán distinto concepto le merecian una y otra. 3.ª Debe acreditarse que no es posible ó decoroso el matrimonio con la madre del hijo cuya legitimacion se pretende: porque el príncipe concede la gracia sólo cuando faltan términos hábiles para que el matrimonio pueda llevarse á efecto (3).

Iguales consideraciones guiaron al Emperador cuando procedió á declarar los efectos de la legitimacion otorgada por el rescripto. Los legitimados adquieren derechos únicamente con respecto al padre y á los agnados de éste que hubiesen consentido en la legitimacion: para los restantes, permanecen extraños.

(1) Nov. LXXIV, proemio y cap. 1 y 2. La resolucion de Justiniano la encontramos justa y moral; pero el argumento con que pretende justificarla, equiparando la ilegitimidad con la esclavitud, es falso en su base, peligroso en sus consecuencias y opuesto á las disposiciones del mismo Emperador.

(2) Nov. LXXIV, cap. 2 y LXXXIX, cap. 9 y 10.

(3) Nov. LXXIV, cap. 1 y 2; y LXXXIX, cap. 9.

TITULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

1.° Naturaleza de la adopcion en sentido lato.—2.° Clases de adopciones: arrogacion y adopcion en sentido estricto : sus formas respectivas.—3.° Quiénes pueden ó nó arrogar ó adoptar.—4.° Quiénes pueden ó nó ser arrogados ó adoptados.—5.° Diferentes conceptos en que puede recibirse al adoptado.—6.° Efectos de la arrogacion y de la adopcion.

1.° Naturaleza de la adopcion en sentido lato.

§ inicial. *Non solum tamen* (1) *naturales liberi, secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam hi, quos adoptamus.*

Por las nupcias y por la legitimacion adquirimos la patria potestad sobre nuestros propios descendientes, *naturales liberi;* mas por medio de las adopciones, llegamos á tenerla sobre los propios y sobre los extraños. Así dice Modestino : *Filiosfamilias non solum natura, verum et adoptiones faciunt* (2). Veamos la naturaleza de este último y tercer modo de adquirir el poder paterno.

Cuando el ciudadano, movido de piedad, toma bajo su amparo á un niño abandonado, las leyes reconocen que el hombre benéfico puede retener en su poder al acogido *(alumnum)* (3); pero este acto no constituye adopcion. El niño permanece *sui juris;* hace suyo todo cuanto adquiere; puede trasmitir libremente su patrimonio (4); y su protector no tiene opcion á heredarle ni por el derecho civil ni por el pretorio (5): debe sí al que le crió un respeto filial en virtud del cual no podía acusarle criminalmente (6) y será castigado si le ultraja (7).

Aunque el hecho de recibir al niño para educarle y tratarle como hijo, no fuera resultado de la determinacion individual, sino de un convenio celebrado con persona autorizada, todavía no constituía adopcion; y sólo resultaría el deber legalmente exigible de cumplir lo prometido (8).

(1) C. *autem.* (2) D., I, 7, 1. (3) D., XLVIII, 29, 3, § 4. (4) C. I, 4, 24 y VIII, 52, 3. (5) C. VI, 59, 10. (6) C. IX, 1, 17. (7) D., XXXVII, 15, 1, § 3.
(8) D., XLV, 1, 132, pr.—En el primer caso, el Estado reconoce la facultad de prestar auxilios á nuestros semejantes; en el segundo, la obligacion de prestarlos por haberlos prometido. (*Proleg.*, pág. 79 y 88.)

La verdadera adopcion consiste en crear entre el adoptante y el adoptado los vínculos legales de la paternidad y filiacion. Para ello es insuficiente la voluntad de los particulares, y se necesita la intervencion del Estado, que es el que determina la organizacion de la familia, y sanciona y protege las relaciones entre los individuos que la constituyen.

Es, pues, adopcion en sentido lato: *un acto solemne por el cual se recibe legalmente como hijo ó nieto á una persona extraña ó á un descendiente legítimo del mismo adoptante, pero que no se hallaba en potestad de éste.*

Un acto solemne: siendo la adopcion un hecho que afecta al organismo familiar, debe practicarse con intervencion del Estado, la cual fué más ó ménos directa segun la clase de adopcion y la importancia política que tuvo la constitucion de la familia, como verémos al exponer las formas de adoptar. *Por el cual se recibe legalmente como hijo ó nieto*; una vez que la adopcion se haya practicado mediante la forma solemne, quedan establecidas entre adoptante y adoptado las mismas relaciones jurídicas que entre el ascendiente y descendiente legítimo; el primero, en uso de la patria potestad, tiene la bastante autoridad para dirigir convenientemente al segundo; y éste adquiere en la familia los derechos correspondientes al lugar que en ella se le asigna. Nada de esto resultaría si el hecho se hubiera limitado á prestar alimentos y educacion á un desvalido, para lo cual, por lo mismo, no se necesita la autorizacion del Estado. *A una persona extraña ó á un descendiente legítimo del mismo adoptante, pero que no se hallaba en potestad de éste*: ordinariamente la adopcion recaia sobre personas extrañas, porque sobre los descendientes propios suele tenerse patria potestad desde su nacimiento; pero si un abuelo deseaba tenerla sobre un nieto que el hijo hubo despues emancipado, ó un padre sobre su propio hijo que el abuelo retuvo en su poder al emanciparle, ambos necesitaban recurrir á la adopcion.

La adopcion que, bien reglamentada, puede servir para fomentar piadosos sentimientos, se usó con frecuencia en Roma para obtener resultados ajenos á su naturaleza, cuales fueron principalmente evitar el que pereciese el nombre ó el culto doméstico por falta de descendientes, convertirse los patricios en plebeyos y viceversa: hacer entrar en la familia á los descendientes ilegítimos ó á los simples cognados, y eludir las penas impuestas á los que carecían de sucesion. Por eso hallamos en las leyes romanas sobre esta materia disposiciones que desnaturalizan la institucion.

2.º CLASES DE ADOPCIONES: ARROGACION Y ADOPCION EN SENTIDO ESTRICTO: SUS FORMAS RESPECTIVAS.

§ 1. *Adoptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus.*

Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos easve, qui quæve sui juris sunt. Quæ species adoptionis dicitur arrogatio.

Imperio magistratus adoptare licet eos easve, qui quæve in potestate parentum sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est filius, filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.

En la primitiva constitucion familiar tenía muy diversa importancia política y religiosa la adopcion de un ciudadano *sui juris* y la de un *alieni juris*. La primera, en el órden religioso, suprimía un culto doméstico que el llamado á continuarle abandonaba para iniciarse en el de su padre adoptivo; y en el órden político, ocasionaba un trastorno en la constitucion de la *gens* á que perteneciera el adoptado, porque se extinguía una de las familias de que constaba. Ninguno de estos efectos trascendentales producía la adopcion del *alieni juris*; porque ni tenía á su cargo el culto de los antepasados, ni representaba una familia.

De aquí resultó la diferente solemnidad con que debía verificarse la adopcion en uno y otro caso. Para adoptar al *sui juris* fué necesaria la intervencion directa del pueblo reunido en comicios por curias. Se preguntaba (*rogatur, id est, interrogatur*) al arrogante si quería que el arrogado fuera su hijo; á éste, si consentía en ello; y al pueblo, si prestaba su autorizacion. Despues de oir las contestaciones de los interesados, el dictámen de los pontífices y las razones que la *gens* pudiese tener para oponerse, concedía ó negaba el pueblo la adopcion propuesta (1): por eso la llamó *arrogacion;* por eso añade tambien Gayo que sólo podía hacerse en Roma y no era aplicable á las mujeres ni á los impúberos (2).

No teniendo, viceversa, ninguna importancia religiosa ni política la adopcion del *alieni juris*, quedaron los particulares en libertad para llevarla á efecto sin intervencion directa del pueblo; pero como quiera que en ella había una trasferencia del poder paterno, hubo de realizarse como la traslacion de cualquier otro derecho garantido públicamente, es decir, por la *mancipatio* y la *in jure cessio*, en cuyos actos intervenía el

(1) AULO GELIO: *Noch. at.*, V, 19.
(2) I, 99 á 102.

pueblo por medio de sus representantes. Para extinguir el padre natural su patria potestad, mancipaba al hijo tres veces, si era varon de primer grado, y una sola, en los demas casos; ó el adoptante le reclamaba como suyo, y no oponiéndose el padre, se le adjudicaba por el magistrado (1). A esta manera de adquirir la patria potestad se aplicó el nombre de *adopcion* en su sentido estricto (2).

Con el tiempo desaparecen las *gentes* y el culto doméstico; ya no se reunen los comicios; y los emperadores, sucediendo á las asambleas populares, otorgan ó deniegan la *arrogacion* por medio de un rescripto, segun lo vemos sancionado expresamente desde Diocleciano (3). Caen del propio modo en desuso las antiguas formas que el pueblo autorizaba indirectamente; y los magistrados aprueban la adopcion que se consigna en una acta, presentes las tres partes interesadas, adoptante, adoptado, y padre natural (4).

Justiniano, por fin, subdivide la adopcion en dos clases, que suelen denominarse *plena* y *ménos plena*, segun que el adoptante sea ó no ascendiente del adoptado, por la razon que verémos al tratar de las efectos que la adopcion produce.

Resulta de todo: que, por su forma, hay dos clases de adopciones, la *arrogacion* y la *adopcion*; pero atendidos sus efectos, se distinguen tres: *arrogacion*, *adopcion plena* y *adopcion ménos plena*.

Arrogacion es el acto por el cual recibimos en concepto de hijo ó nieto á un hombre *sui juris*: si éste es *alieni juris*, pero descendiente nuestro, se llama *adopcion plena*; y si extraño, *adopcion ménos plena*.

Tanto en la arrogacion como en la adopcion se necesita el consentimiento de todos los interesados, bastando en la segunda la no oposicion por parte del adoptado (5).

Por último, ni la arrogacion ni la adopcion podían hacerse bajo condicion ó á término, porque eran una imitacion de la naturaleza (6).

(1) GAYO, I, 98, 99 y 134.—*Hist.*, pág. 136 á 138.

(2) *Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur; quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias; adrogantur qui sui juris sunt.* (D., I, 7, 1.)

(3) C. VIII, 48, 2 y 6.—GAYO, I, 99 y ULPIANO. *Frag.*, VIII, 2 describen como si estuvieran vigentes las antiguas formas de arrogacion, porque los comicios no habían sido disueltos en virtud de una disposicion terminante; pero ya en tiempo de Ciceron eran representadas las treinta curias por treinta lictores. CICERON: *De lege agraria, contra Rullum*, II, 12.)

(4) C. VIII 48. 11.

(5) D., I, 27, 5, 25, 29 y 42.—C. VIII, 48, 11.

(6) D., I, 27, 34.

3.° Quiénes pueden ó nó arrogar ó adoptar.

§ 4. *Minorem natu non posse majorem adoptare, placet: adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per arrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis, præcedere.*

§ 9. *Sed et illud utrisque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt: castrati autem non possunt.*

§ 10. *Feminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in potestate sua habent; sed ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

Por regla general puede adoptar y arrogar todo el que es padre de familias; pero como los romanos vieron en la adopcion, más bien que una institucion de beneficencia, un medio de adquirir la patria potestad que imitaba la paternidad natural, no la prohibieron solamente por motivos de moralidad y de interes bien entendido, sino tambien siempre que se oponía al concepto principal bajo el cual la consideraban. Expondrémos y completarémos la doctrina de las Instituciones sobre este punto.

Hay personas que en absoluto carecen de facultad para arrogar y adoptar, y otras á quienes únicamente les está prohibido con relacion á determinados sugetos.

Son absolutamente incapaces:

1.° El que no excede en diez y ocho años de edad al que trata de arrogar ó adoptar, por más que se permita contraer matrimonio á los catorce. Punto controvertido en tiempo de Gayo (1); pero resuelto aquí por Justiniano, siguiendo la opinion de Modestino (2).

2.° El que adolece de una impotencia perpetua y demostrable para tener sucesion; porque tanto en este caso como en el anterior, *adoptio naturam imitatur*, segun el párrafo 4.°

3.° La mujer; porque, siendo la adopcion un medio de constituir el poder paterno, la mujer carece de este poder hasta sobre sus propios hijos; *nec naturales liberos in potestate sua habet*, como recuerda el párrafo 10. Sólo en el caso de haber perdido sus hijos naturales, podía obtener del príncipe la gracia de que un extraño fuese considerado como hijo legí-

(1) I, 106.
(2) D., I, 7, 40, § I.

timo de la misma: pero sin adquirir sobre él patria potestad (1). Era, pues, una adopcion anómala en la causa por que se concedía, en la manera de hacerse, y en sus resultados.

4.° El que tiene descendientes legítimos; para no defraudarles en sus derechos (2)

5.° El que no ha cumplido sesenta años; porque cabe esperar que tenga sucesion legítima (3).

Tienen prohibicion relativa:

1.° El que arrogó ó adoptó á una persona, y despues la emancipó ó dió en adopcion, no puede adoptarla de nuevo (4).

2.° El padre no puede adoptar ó, mejor dicho, arrogar á sus hijos ilegítimos; porque sería eludir los medios, que para legitimarlos han prescrito las leyes, como dijimos al tratar de esta materia.

3.° El tutor ó curador no pueden tomar en arrogacion, sino en casos excepcionales, á sus pupilos, miéntras éstos no cumplan veinticinco años; por el temor de que sea un pretexto para no dar cuentas (5).

4.° Aquél cuya fortuna es inferior á la del que trata de arrogar ó adoptar, no mediando circunstancias especiales; por rezelo de que la adopcion sea hija del cálculo (6).

5.° Nadie puede arrogar al liberto ajeno sin permiso del patrono, cuyos derechos serían en otro caso perjudicados (7).

Debemos advertir que la 4.ª y 5.ª incapacidad absoluta únicamente se hallan consignadas en las leyes que hablan de la arrogacion, por lo cual se encuentran muy discordes los escritores acerca de si aquéllas deben extenderse á la adopcion. Creemos, sin embargo, que esta controversia puede resolverse tomando en cuenta el diferente carácter y trascendencia que en las diversas épocas tuvo la adopcion relativamente á la arrogacion.

La arrogacion fué siempre resultado de un acuerdo entre el arrogado y el arrogante, ambos dueños de sí mismos, *sui juris*; pero acuerdo que antiguamente podía perjudicar intereses religiosos ó gentilicios, y en todo tiempo los del mismo arrogado, porque de *sui juris* se hacía *alieni juris*, y pasaba con su familia y patrimonio á poder del arrogante. Por este doble concepto, los interesados ratificaban su voluntad ante la asamblea curiada, y ésta decidía oyendo á los pontífices y á la *gens*: era, en suma, un acto cuya terminacion no

(1) C. VIII, 57, 5.
(2) D., I, 7, 17, § 2.
(3) D., I, 7, 15, § 2.
(4) D., I, 7, 37, § 1.
(5) D., I, 7, 17, pr. y § 1.
(6) D., I, 7, 17, § 2 y 4.
(7) D., I, 7, 15, §3.

quedaba á la voluntad de los particulares, sino que en definitiva pendía del fallo popular, y más tarde del Emperador. Naturalmente, pues, debieron ir fijándose por jurisprudencia las condiciones bajo las cuales el pueblo y el príncipe darían su permiso.

La adopcion, por el contrario, no trastornaba la religion ni la familia; no llevaba consigo pérdida de patrimonio ni de *estado*, porque el adoptivo permanecía como ántes hijo de familia y sin bienes propios. Era, por consecuencia, un negocio que se acordaba libremente entre el adoptante y el padre natural en uso de la potestad ilimitada que sobre el hijo tenía, y que se realizaba mediante un procedimiento en el cual el magistrado no podía ménos de sancionar lo convenido por las partes.

Pero, menguadas las atribuciones de la patria potestad; no pudiendo utilizarse la *in jure cessio*; y necesitando la adopcion en los últimos tiempos la aprobacion del magistrado, que debe ser fundada como el rescripto imperial; sometidas, en una palabra, ambas instituciones al juicio de la autoridad pública, creemos que en ambas debe exigirse el concurso de las mismas circunstancias, como garantía de que será ventajoso el resultado.

4.° QUIÉNES PUEDEN Ó NÓ SER ARROGADOS Ó ADOPTADOS.— En adopcion, pudieron ser dados siempre los hijos de familia, cualquiera que fuese su sexo y edad, aunque estuvieran en la infancia; porque para ello no era indispensable su consentimiento expreso (1).

La arrogacion, viceversa, no fué aplicable á las mujeres miéntras el acto debió practicarse ante los comicios, en los cuales no tenían participacion (2); pero tan luego como la arrogacion fué una merced del Emperador, pudo la mujer ser arrogada lo mismo que el varon (3).

Tampoco era posible la arrogacion de los impúberos, porque no tenían capacidad legal para consentir en ella. Una constitucion de Antonino la hizo practicable, si bien rodeándola de las convenientes precauciones que refiere el

§ 3. *Cum autem impubes per principale rescriptum arrogatur: causa cognita arrogatio permittitur, et exquiritur causa arrogationis, an honesta*

(1) GAYO, I, 102.—D., I, 7, 42.
(2) GAYO, I, 101.—ULP., *Fragm.*, VIII, 5.—AULO GELIO, *Noch. at.*, V, 19.
(3) C., VIII, 48, 8,

sit, expediatque pupillo, et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personæ publicæ, hoc est, tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliàs emancipare eos (1) *potest arrogator, nisi, causâ cognita, digni* (2) *emancipatione fuerint, et tunc sua bona eis reddat. Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei suorum bonorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei acquisivit postea.*

El Emperador no quiso que los impúberos continuasen privados de la arrogacion, que alguna vez pudiera convenirles; y la permitió bajo tales condiciones, que en todo evento les fuera ventajosa.

No se otorgaba sin previa inquisicion de su utilidad para el arrogado (3), practicada ante el Pretor ó Presidente con audiencia de los parientes próximos del impúbero (4) y autoridad de sus tutores; mediando la circunstancia especial de que era necesaria la autoridad de todos los tutores, sin que fuera suficiente la de uno de ellos, como por regla general bastaba para otros negocios, porque aquí se trataba de un acto que ponía fin á la tutela, y sería absurdo que ésta concluyese ignorándolo uno de los tutores (5).

El arrogante debía afianzar, interviniendo un esclavo público y más tarde un tabulario, el cumplimiento de las obligaciones que la ley le imponía; caucion cuyos efectos no se desvirtuaban ni por la muerte del arrogante ni por la del arrogado (6), y que, aún no prestada, autorizaba para reclamar contra el arrogante (7). Los deberes que contraía el arrogante eran:

1.° No poder emancipar al impúbero sino con autorizacion del magistrado; y áun entónces, restituyéndole todos los bienes que llevó (8). Si le emancipaba sin causa legítima, podía el emancipado reclamar, además de sus bienes propios, la cuarta parte de los del arrogante (9); pero si mediaba justa causa, no podía pedir esta cuarta parte (10).

(1) C. *eum.*
(2) C. *dignus.*
(3) Gayo, I, 102.
(4) C. VIII, 48, 2.
(5) C. V, 59, 5.
(6) D., I, 7, 22, pr.
(7) D., I, 7, 19, § 1.
(8) C., VIII, 27, 2.
(9) C., VIII, 48, 2.
(10) D., XXXVII, 5, 13.

2.° Si el arrogante sobreviviese al arrogado, todos los bienes de éste son devueltos á las personas que le hubiesen sucedido en caso de que la arrogacion no se hubiera verificado (1). Esta devolucion se extendía al sustituto nombrado por su padre natural, á los legatarios, y áun á las manumisiones contenidas en la últíma voluntad (2).

3.° Si el arrogado sobreviviése al arrogante sin haber sido emancipado, recibe no sólo sus bienes propios, sino la cuarta parte de los del arrogante (3); sin que pueda éste nombrarle sustituto para dicha porcion (4). No por esto se hacía mejor la condicion del arrogado que la de los hijos legítimos, quienes muchas veces no percibían individualmente la cuarta parte del haber paterno; porque ya sabemos que no se permitía arrogar al que tenía descendencia legítima.

4.° Aun con todas estas ventajas, cuando el arrogado llegaba á la pubertad, podia obligar judicialmente á que le emancipase el arrogante, justificando que no le convenía la arrogacion (5).

5.° Todas las enajenaciones, que el arrogante verificase para defraudar los derechos del arrogado, se revocaban (6).

Nos habla, por último, Justiniano de la adopcion de los esclavos en los términos siguientes :

§ 12. *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servi (7) si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum ei non sufficit* (8).

No se comprende que pudieran ser objeto de la adopcion ni de la arrogacion los esclavos, careciendo de personalidad jurídica. Parece, sin embargo, que antiguamente se dieron en adopcion por sus dueños (9); y áun, segun el texto, fueron adoptados por su propio señor. De todos modos, ninguna de las dos cosas se concibe que pudieran verificarse sin la autorizacion del pueblo, si habían de tener por resultado conferir al esclavo los derechos de ciudadanía y de familia. Por lo de-

(1) D., I, 7, 18.
(2) D., I, 7, 19.
(3) D., V, 2. 8, § 15 y XXXVII, 6, 1, § 21.—C. VIII, 48, 2.
(4) D., I, 7, 22, § 1.
(5) D., I, 32 y 33.
(6) D., XXXVII, 5, 13.
(7) C. *servos.*
(8) C. *sufficiat.*
(9) AULO GEL., V, 19.

más, ya hemos consignado en el Tit. V, que Justiniano declaró manumitido al esclavo á quien su dueño hubiera distinguido con el nombre de hijo en acta solemne.

5.° Diferentes conceptos en que puede recibirse al adoptado.

§ 5. *Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

§ 6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis potest adoptare, quam nepotem in locum filii.*

§ 7. *Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in sua potestate habet: in eo casu et filius consentire debet, ne ei invitu suus heres agnascatur: Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem dat (1) in adoptionem, non est necesse, filium consentire.*

Siendo la adopcion para los romanos ántes que todo un modo de adquirir y transferir el poder paterno, era consiguiente otorgar la facultad de que el adoptivo pudiera ser colocado en el lugar convenido al pasar á la nueva familia, prescindiendo del que hubiese ocupado en su familia natural. Así podía adoptarse como hijo al que era nieto, y como nieto al que era hijo de quien le daba en adopcion. Así tambien estuvo prohibido adoptar en concepto de hermano (2).

Para dar en adopcion á un nieto, no necesitaba el abuelo del consentimiento del padre; porque éste no ejercía la patria potestad que iba á transferirse.

Para recibir al adoptivo en concepto de nieto era indispensable el consentimiento del hijo, si había de reputarse nacido de él (*quasi ex eo filio*); porque á la muerte del abuelo, recaería en su poder y sería heredero suyo (3). Si el hijo consentía, no se hacía el adoptivo heredero suyo del abuelo (4); pero si el hijo no prestaba su conformidad, ó no se le asignaba padre determinado al adoptivo, éste se hacía *sui juris* á la muerte del abuelo adoptante (5).

Por lo demas, el lugar en que se colocaba el adoptado determinaba el grado de parentesco entre él y los individuos de la familia adoptiva, tanto cuando se trataba de contraer matrimonio como de ejercitar derechos familiares.

(1) C. *det.* (2) C. VI, 24, 7. (3) D., I. 7, 6. (4) D., 1, 7, 10. (5) D., I, 7, 11.

6.° Efectos de la arrogacion y de la adopcion.

§ 8. *In plurimis autem causis assimilatur is, qui adoptatus vel arrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo, si quis per imperatorem, sive apud prætorem, vel apud præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eumdem alii in adoptionem dare.*

§ 11. *Illud proprium est illius adoptionis, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes. Sic enim et divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit: ut protinus adoptione facta, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.*

Sobre este punto debemos distinguir en cada una de ellas la época anterior y la posterior á Justiniano.

Efectos de la arrogacion.

Antes de Justiniano: El arrogado, de *sui juris* que era, se convertía en *alieni juris*, constituyéndose á sí mismo en calidad de hijo y constituyendo á sus hijos en calidad de nietos bajo la patria potestad del arrogante (1). A su vez adquirían todos ellos en su nueva familia el parentesco civil de la agnacion, y con él todos los derechos de los descendientes legítimos del arrogante (2), miéntras éste no los emancipase ó diese en adopcion, como podía hacerlo (3); porque en cualquiera de estos casos, quedaban extraños al arrogante (4). Por último, todos los bienes del arrogado pasaban al dominio de su nuevo padre; de suerte que la arrogacion era uno de los modos universales de adquirir (5).

Justiniano conserva en general á la arrogacion sus antiguos efectos (6); pero, habiendo resuelto que hicieran suyas las adquisiciones los hijos constituidos en potestad de su padre natural, hubo necesariamente de hacer extensiva esta resolucion á los arrogados: porque no había de tener más derechos el padre arrogante que el legítimo. Desde entónces conserva el arrogado la propiedad de los bienes que lleva y de los que adquiere miéntras se halla en potestad del arrogante: la arrogacion ha dejado de ser un modo universal de adquirir, segun nos dirá el Tit. 10 del Lib. III.

(1) Gayo, I, 107.—D., I, 7, 2, § 2; 15, pr.; y 40, pr.; IV, 5, 3.
(2) *Inst.*, III, 1, § 2.—Gayo, III, 2.
(3) Gayo, I, 105.
(4) Gayo, II, 136.—*Inst.*, III, 1, § 10 y 11.—D., XXXVIII, 6, 3.
(5) Gayo, II, 98; III, 82 y 83.—*Inst.*, III, 10.
(6) C., V, 48, 10, § 5.

Efectos de la adopcion.

Antes de Justiniano: El adoptado permanecia siempre *alieni juris*, pasando de la potestad del padre natural á la del adoptivo. Adquiría en la nueva familia el parentesco civil de la agnacion en los mismos términos y con idéntico resultado que se ha dicho en la arrogacion, parentesco y derechos que perdía en su familia natural, para la cual era en adelante simple cognado (1). No transfería el poder sobre sus hijos al adoptante, porque él mismo no le tenía; pero sí entraban en poder del adoptante los hijos que el adoptivo hubiere despues de la adopcion (2). Tampoco aumentaba con sus bienes el patrimonio del adoptante; porque, como hijo de familia, nada tenía propio.

Justiniano transformó los efectos de la adopcion, fundado en un motivo que luégo hizo desaparecer él mismo, y sin embargo, no por eso derogó sus disposiciones anteriores.

§ 2. *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptione datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt* (3). *Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel, si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem; in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et* (4) *potestate hujusmodi patris adoptivi sit.*

Parece que con frecuencia el padre adoptante emancipaba á su hijo adoptivo, y éste quedaba sin derechos en familia alguna; pues los de la natural los había perdido al ser adoptado, y los de la adoptiva, al ser emancipado. Para evitar este inconveniente, dispuso que la adopcion sólo produjese sus antiguos efectos y rompiese los lazos con la familia natural cuando el adoptante fuera un ascendiente del adoptado, porque entónces no salía de la familia (5) *(adopcion plena)*: en cualquier otro caso, permaneciera en la potestad de su padre

(1) Gayo, II, 137.—D., XXXVIII, 10, 4, § 10.
(2) D., I, 7, 27, 28 y 40.
(3) C. sint.
(4) C. et in.
(5) D., XXXVII, 4, 21, § 1.

natural, áun despues de la adopcion, conservando así los mismos derechos que tendría si no hubiese sido adoptado, y adquiriendo además el de suceder *ab intestato* á su padre adoptivo (*adopcion ménos plena*). La Constitucion de Justiniano (1) contiene, sin embargo, un caso excepcional: conserva á la adopcion todos sus antiguos efectos cuando el abuelo haya dado en adopcion á un nieto, y á la muerte del abuelo el nieto sea precedido de su padre, porque el nieto carece de derecho para suceder al abuelo (2).

Por último, en una de sus Novelas (3) otorga derecho de suceder á todos los parientes naturales del difunto, sin distincion entre *agnados* y *cognados*; de suerte que el hijo dado en adopcion tiene tanto derecho para heredar al padre natural, como el que éste retuvo bajo su poder. Desde entónces, las restricciones impuestas á la adopcion hecha por quien no fuere ascendiente del adoptado, ni tienen razon de ser, ni pueden producir en nuestro juicio otro efecto que el de hacer inaplicable la adopcion; porque impiden que el adoptante adquiera sobre el adoptado el poder legal necesario para su direccion, objeto único que puede moverle á adoptar: pues, para dispensar todo género de beneficios á un desvalido no necesita la autorizacion del Estado.

TÍTULO XII.

DE QUÉ MANERAS SE DISUELVE LA POTESTAD.

1.° Materia del título: por qué se limita á exponer solamente los modos de disolver la potestad paterna: clasificacion de éstos.—2.° Por muerte natural del ascendiente.—3.° Por cambio del estado jurídico del ascendiente ó descendiente.—4.° Por la emancipacion.—5.° Por ministerio de lá ley.—6.° Efectos de la disolucion de la patria potestad.

1.° Materia del título: por qué se limita á exponer solamente los modos de disolverse la potestad paterna: clasificacion de éstos.

§ inicial. *Videamus nunc, quibus modis hi, qui alieno juri subjecti sunt, eo jure liberantur.*

Tanto el epigrafe del Título como estas palabras del párrafo inicial hacen concebir la idea de que aquí va á tratarse de

(1) C., VIII, 48, 10.
(2) C., VIII, 48, 10, § 4.
(3) Nov, CXVIII.

los medios por los cuales se extinguian los diferentes poderes que ejercía el padre de familias, á saber: la *manus*, el *mancipium*, la *potestas dominica* y la *potestas patria*; y sin embargo, no dedica una sola frase á los dos primeros, hace una simple referencia al tercero, y le consagra todo él á enumerar los casos en que termina la *potestas patria*.

La falta de relacion entre lo que el Título anuncia y lo que expone, proviene de que los redactores de las Instituciones empezaron por copiar las de Gayo, que hablan efectivamente de la extincion de los cuatro poderes (1); pero se vieron precisados á ceñirse á los dos últimos, porque en tiempo de Justiniano la *manus* y el *mancipium* habían desaparecido. Respecto de éstos ya hemos tratado oportunamente: y por lo que se refiere á la *potestas dominica*, basta recordar lo que dijimos en el Tit. V, como lo hace el texto en el

§ inicial. (Continuacion.) *Et quidem servi quemadmodum potestate liberantur, ex his intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus.*

Vengamos, pues, á la extincion de la *patria potestad*, verdadero objeto del Título. Siendo la patria potestad un derecho propio de los ciudadanos romanos, segun tuvo buen cuidado de advertirnos el Emperador, no era posible perderlo sino de la manera con que se perdian los derechos de este género; es decir, ó por muerte, incapacidad ó voluntad del que le tenía, ó por disposicion de la ley en casos extraordinarios. Segun esto, podemos reducir á cuatro clases los casos que el Título expresa y los que omite, en los cuales termina el poder paterno: por la muerte natural, por el cambio de estado jurídico, por la emancipacion y por ministerio de la ley. Terminarémos exponiendo los efectos que produce la disolucion de aquel poder.

2.° Por muerte natural del ascendiente.

§ inicial. (Conclusion.) *Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt: itaque si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potes-*

(1) I, 124 y sig.

tate patris sui fiunt; si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

Por la muerte del padre de familias, quedan libres de la patria potestad y se hacen *sui juris:* 1.° todos los descendientes de primer grado: 2.° aquéllos de grados ulteriores que se encuentren bajo el poder inmediato del finado, entre los cuales y el difunto no queda ascendiente intermediario; como el nieto cuyo padre no pertenezca á la familia cuando muera el abuelo (1).

3.° POR CAMBIO DE ESTADO JURÍDICO DEL ASCENDIENTE Ó DESCENDIENTE.

Siendo tres los estados jurídicos, libertad, ciudad y familia, el cambio que en cualquiera de ellos sufriese el ascendiente ó descendiente debía alterar por necesidad el lazo que los unía. Veámoslo.

(A) *Estado de libertad.*

§ 3. *Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.*

Constituyendo el estado de libertad el fundamento de la ciudad y de la familia, claro es que si el ascendiente ó descendiente caían en la esclavitud, no era posible que permaneciese entre ellos el vínculo de patria potestad; porque ni el ascendiente esclavo podía conservarla, ni sobre el descendiente esclavo podía ejercerse (2). Los casos en que el ciudadano se hacía esclavo, ya los conocemos: observarémos tan sólo, para prevenir equivocaciones, que el texto expone esta doctrina, de suyo tan clara, con bastante desgracia; porque precisamente la clase de servidumbre que menciona fué abolida más tarde, como sabemos, por una Novela de Justiniano: debemos, pues, aplicar la regla á los pocos casos en que, segun las últimas reformas de este Emperador, perdía el ciudadano la libertad (pág. 46); y áun esto, con la modificacion que respecto á la cautividad hace el

§ 5. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum, propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. Idcirco reversus et liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde, ex quo*

(1) GAYO, I, 127.—ULPIANO, X, 2.
(2) GAYO, I, 128.—ULPIANO, X, 3 y 4.

captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium a LIMINE *et* POST, *ut* (1) *eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domibus finem quendam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. (Hinc et limes dictus est, quasi finis quidam et terminus.) Ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur, quo amissus erat. Sed et qui* (2) *victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.*

La lógica y el cálculo hicieron admitir en Roma que el ciudadano cautivo por los enemigos se considerase esclavo, pero sin dueño, y ofreciéndole además reintegrarle en todos los derechos tan luego como por cualquier medio volviese á la ciudad (pág. 46). El cautivo, pues, no perdía real y definitivamente la capacidad jurídica, sino sólo su ejercicio: si moría en el cautiverio, se suponía que había muerto en el momento de caer prisionero; y si regresaba á su patria, se entendía que jamás había estado cautivo. Aplicando estos principios á la patria potestad, declara el texto que cuando el ascendiente era hecho prisionero por los enemigos, aunque se hace su esclavo, queda en suspenso el estado de sus descendientes: si regresaba á la ciudad, se entendía que éstos habian permanecido constantemente en poder de aquél; si moría en el cautiverio, que se habían hecho *sui juris* en el momento de caer prisionero. En el mismo sentido se expresan algunos textos (3); pero otros con más propiedad dicen que el derecho de postliminio hacía revivir el poder extinguido por la capitisdiminucion (4). Esta incertidumbre acerca del estado de los descendientes, hizo que en lo antiguo se dudase si eran ó no válidos los actos jurídicos que el hijo ejecutase durante el cautiverio de su padre, supuesto que no sabía si era *sui* ó *alieni juris* (5). Recordemos que el matrimonio contraido por el hijo del cautivo, en los términos que en su lugar dijimos, era definitivamente válido.

(B) *Estado de ciudad.*

§ 1. *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur,*

(1) C. *unde eum.*
(2) C. *et qui captus.*
(3) D., XXVIII, 5, 32, § 1, XLIX, 15. 22, § 2 y 3.
(4) GAYO, I, 187.—*Inst.*. I, 20, § 2.—D., XXVII, 3, 7. § 1; y 8; XLIX, 15, 12, § 6 y 19.
(5) GAYO, I, 129.

civitatem amittit: sequitur, ut, qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde ac si mortuo eo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is, qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum statum recipiunt.

§ 2. *Relegati autem patres in insulam, in potestate sua liberos retinent. Et ex contrario liberi relegati in potestate parentum remanent.*

El *estado de ciudad* es indispensable para tener el de *familia*; luego cuando el ascendiente ó el descendiente pierden la ciudadanía, no cabe que permanezcan ligados con el vínculo de patria potestad, que sólo puede existir entre ciudadanos. Gayo, de quien siguen las Instituciones tomando la doctrina, dice que pierde la ciudadanía aquél *cui aqua et igni interdicitur* (1). Justiniano sustituye el caso con la deportacion, cuya pena reemplazó á la interdiccion (2), por más que en algun otro pasaje la mencione todavía (3).

El texto equipara la deportacion á la muerte natural para el efecto de disolver la patria potestad, *perinde ac si mortuo eo*; por consecuencia, se hacen *sui juris* todos los descendientes del deportado que estuvieran bajo su inmediato poder. Media, sin embargo, una diferencia capital entre la muerte, la cautividad y la deportacion: la muerte concluye para siempre el poder paterno, en tanto que la cautividad desaparece por el postliminio, y la deportacion admite el indulto; mas para que éste reintegre al deportado en la patria potestad, es necesario que lo exprese terminantemente (4), sin que baste la declaracion de que se le devuelve su antigua dignidad (5).

(C) *Estado de familia.*

§ 8. *Sed et, si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit, id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis, transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona et adoptionem plenissimam esse antea diximus.*

Se disuelve la patria potestad no sólo cuando el descen-

(1) GAYO, I, 128. Entiéndase del agua *lustral* y del fuego sagrado. (*Hist.*, páginas 15 y 22.)
(2) D., XLVIII; 19, 2, § 1.
(3) *Inst.*, I, 16, § 2.
(4) C. IX. 51, 9.
(5) C. IX, 51, 6.

diente cambia de familia, único caso de que habla el texto, sino tambien cuando cambia el ascendiente. Si éste es legitimado ó se da en arrogacion, pasará á poder del que le legitima ó arroga con toda su descendencia, perdiendo la patria potestad que sobre ella tenía. Otro tanto sucede por parte de los descendientes cuando son dados en adopcion *plena*; porque la *ménos plena* no trasfiere aquel poder, segun las reformas de Justiniano. Antiguamente producía igual efecto la trasferencia de la hija *in manu* (1) y la *mancipatio* del hijo (2).

4.° Por la emancipacion.

§ 6. *Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed ea (3) emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione pristina explosa, recta via apud competentes judices vel magistratus parentes intrent, et (4) filios suos vel filias, vel nepotes vel neptes, ac deinceps, sua manu dimitterent. Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii vel filiæ, nepotis vel neptis bonis, qui vel quæ a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti; et præterea si impubes sit filius vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.*

Llámase *emancipacion* al acto por el cual se disuelve la patria potestad, mediante la voluntad del ascendiente que la ejerce y del descendiente que está sometido á ella.

Este acto se practicó de tres maneras distintas segun las épocas, como indica el texto, y á las cuales suele denominarse respectivamente emancipacion *antigua*, *Anastasiana* y *Justinianea*. Las examinarémos por separado.

Emancipacion antigua. Primitivamente no hubo forma propia para emancipar á los descendientes, porque la patria potestad se consideró perpetua; pero como en muchas ocasiones llegaran á ser capaces de gobernarse á sí mismos, hubo de excogitar el padre un medio para hacerlos independientes. Hallóse este recurso en la ley de las XII Tablas, que privaba al padre de su poder cuando hubiera vendido *al hijo* tres veces, cuya disposicion, entendida literalmente, se aplicó sólo

(1) Gayo. I, 136.
(2) Gayo, I, 117.
(3) C. *ea deest.*
(4) C. *et sic.*

al hijo varon, suponiéndose que para las hijas y nietos bastaba una venta. Figuraba, pues, el padre vender tres veces al hijo y una sola á la hija ó nieto á persona de confianza, que le manumitía otras tantas para que volviese á poder del padre. Despues de estas ventas, el padre tenía á su descendiente nó *in potestate patria*, porque ésta se había extinguido, sino *in mancipio*, del cual le libraba manumitiéndole *por vindicta.* Así conseguía el padre su objeto, y le quedaba respecto al descendiente manumitido el carácter legal de *patrono* con los derechos de tutela y sucesion. Era por tanto indispensable añadir á la última venta un contrato de *fiducia*, por el cual el comprador se obligase á venderle de nuevo al padre sin manumitirle y quedarse con el derecho de patronato (1).

A este procedimiento para emancipar aluden las palabras del texto *per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabantur.*

Necesitábase, por último, la voluntad del descendiente: *filius familias emancipari invitus non cogitur*, dice Paulo (2).

Emancipacion Anastasiana. Anastasio permitió en 503 que el padre pudiese emancipar sus hijos, aunque estuvieran ausentes, bastándole obtener un rescripto imperial. Tambien esta forma de emancipacion exige el consentimiento de los que han de ser emancipados, si no se hallan en la infancia, pues entónces se hacen *sui juris* áun sin que consientan; y reserva al emancipante sobre el emancipado los antiguos derechos, *quasi á parentibus ex mancipatione manumissis* (3). A ella se refiere el párrafo en la frase *ex imperiali rescripto.*

Emancipacion Justinianea. Justiniano en 531 permite al padre que emancipe, ó bien utilizando el procedimiento de Anastasio, sin duda porque se prestaba á emancipar los hijos ausentes, ó bien con una simple declaracion ante el magistrado; y conserva al que así emancipe, aunque no se los reserve especialmente, todos los derechos que producía la antigua emancipacion, á la cual califica de *vanam observationem et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et injuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus* (4).

Por estos tres modos pudo el padre de familia emancipar al descendiente de cualquier grado que estuviese bajo su potestad, como nos dice el

(1) Gayo, I, 132 y sig.
(2) *Sentencias*, II, 25, § 5.
(3) C. VIII, 49, 5.
(4) C. VIII, 49, 6.

§ 7. *Admonendi autem sumus, liberum esse arbitrum ei, qui filium et ex eo nepotem vel neptem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere (eadem et de pronepote vel pronepte dicta esse intelligantur), vel omnes sui juris efficere.*

De manera que estaba autorizado para emancipar al hijo y retener al nieto; ó emancipar al nieto, reteniendo al hijo, sin que en tal caso necesitara el consentimiento del mismo; ó los dos á la vez (1). Mas en todo caso era indispensable que consintiera, ó por lo ménos que no se opusiese, el emancipado (2).

5.° Por ministerio de la ley.

Por regla general la emancipacion sólo tenía lugar cuando el *pater familias* quería desprenderse voluntariamente de su autoridad, sin que pudieran obligarle los descendientes naturales ó adoptivos ni un extraño (3). Así dice el

§ 10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentem, de potestate sua eos dimittere,*

La frase poco absoluta *ullo pene modo* indica desde luego que existían casos en los cuales los descendientes salían del poder paterno áun repugnándolo su jefe doméstico. Y en efecto, si el padre había aceptado un legado bajo la condicion de emancipar (4); si maltrataba al descendiente (5); y si al cumplir veinticinco años probaba el adoptado que la adopcion no le era ventajosa (6); podían los interesados pedir judicialmente su emancipacion. La ley misma privaba del poder al ascendiente que prostituyese á la descendiente (7); que expusiera á sus hijos (8); ó que contrajese matrimonio incestuoso (9).

Finalmente, aunque ninguno de estos acontecimientos

(1) D., I, 7, 28.
(2) C. VIII, 47, 6; y 49, 5.—Nov. LXXXIX, cap. 11, pr.
(3) Gayo, I, 137.—D., I, 7, 31; XXX, 114, § 8; XXXVIII, 6, 8.—C. VIII, 49, 4.
(4) Paulo, IV, 13.—D., XXXV, 1, 92 y 93.
(5) D., XXXVII, 12, 5.
(6) D., I, 7, 32 y 33.
(7) C. I, 4, 12 y XI, 40, 6.
(8) C. VIII, 52, 2.—Nov. CLIII.
(9) Nov. XII, cap. 2.—Sin perjuicio de la patria potestad, podía acordarse por motivos graves, v. gr., el abandono del padre, que los hijos permaneciesen bajo la direccion de la madre. (D., XLIII, 30, 1, § 3); muy especialmente en caso de divorcio (C. V, 24, un.—Nov. CXVII, cap. 7).

hubieran ocurrido, terminaba la patria potestad cuando el descendiente obtenía alguna de las dignidades que en el párrafo 4.º se enumeran.

§ 4. *Filiusfamilias si militaverit, vel si senator, vel consul fuerit factus, manet in patris potestate. Militia enim, vel consularia dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas, illico ab imperialibus codicillis præstitis, a patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valeri eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate?*

Al describir la naturaleza de la patria potestad, dijimos que el hijo de familia gozaba en el órden público de plena capacidad jurídica, pudiendo desempeñar las primeras magistraturas sin dejar por ello de estar sujeto en el órden privado á su jefe doméstico. No debe, pues, admirarnos que ni la milicia, ni la senaduría, ni el consulado, libertasen de la patria potestad. Pero siempre conocieron los romanos algunas dignidades que excepcionalmente producian aquel efecto. Gayo enumera los *Flamines Diales* y las *Vírgenes Vestales* (1). Justiniano, en este lugar, el *patriciado*; y en el Código y las Novelas, los *Cónsules*, los *Prefectos del Pretorio* y de la ciudad, los *Magistri militum*, los Obispos y, en general, toda dignidad que libertaba de la curia (2).

6.º EFECTOS DE LA DISOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD.

§ 9. *Illud autem scire oportet, quod, si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur; quod, si post emancipationem, vel adoptionem fuerit conceptus, patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.*

De los efectos que produce la disolucion de la patria potestad, unos se refieren al ascendiente, y otros al descendiente.

El ascendiente:

1.º Pierde para siempre el poder paterno que ejercía sobre el descendiente, y no le adquiere sobre los hijos que tenga

(1) I, 130.
(2) C. X, 31, 66 y XII, 3, 5.—Nov. LXXXI y CXXIII, cap. 4.

éste en lo sucesivo; pero si el emancipado ultraja gravemente ó trata con dureza al emancipante, vuelve á su poder (1).

2.° Cuando se disuelve por emancipacion ó adopcion, quedan en poder del ascendiente los hijos ya concebidos del emancipado ó adoptado. Este efecto, único de que se ocupan las Instituciones, no ofrecía dificultad alguna por el derecho de Justiniano, pues la emancipacion y la adopcion se practicaban instantáneamente; pero sí por el derecho antiguo en que las ventas y manumisiones repetidas podían hacer que mediase mucho tiempo desde el primero hasta el último acto: entónces se atendía al momento de la tercera *mancipatio* ó venta que el padre hacía (2).

3.° En lo antiguo el padre emancipante adquiría sobre el emancipado el derecho de patronato, consecuencia de la manumision que necesitaba verificar para sacarle del *mancipium* en que se constituía al reemanciparle el comprador (3). Despues que Justiniano reformó la sucesion intestada, sólo le queda el derecho de tutela cuando el emancipado es impúbero (4).

4.° En la emancipacion voluntaria puede retener en usufructo la mitad del peculio adventicio, como verémos en su lugar.

El descendiente:

1.° Se hace *sui juris*, y tendrá bajo su poder los hijos que no estén concebidos en el momento de su emancipacion.

2.° Si es dado en adopcion, pasa del poder de su actual jefe al del adoptante.

3.° Tanto en el caso de emancipacion, como en el de adopcion, se rompían los lazos de *agnacion* que le ligaban con su anterior familia, y en la cual perdía los derechos de sucesion y de tutela (5); pero no se destruía la *cognacion* con su familia natural ni los derechos á ella inherentes (6). Igualadas la cognacion y la agnacion por Justiniano, ya no pierde el derecho de suceder en la familia antigua sino cuando ésta es adoptiva; porque entónces la adopcion ó la emancipacion quebranta el único lazo existente, que era la *agnacion*.

4.° Si la patria potestad se disolvía por muerte del padre, por haber éste incurrido en la pérdida de la libertad ó de la

(1) C. VIII, 50, un.
(2) Gayo, I, 135.
(3) *Inst.*, III, 2, § 8.—D., XXXVII, 12.
(4) *Inst.*, I, 18.
(5) Gayo, I, 162 y 163.—*Inst.*, III, 1, § 9; y 8, § 2.—D. XXXVIII, 10, 4, § 1.
(6) *Inst.*, I, 15, § 3; III, 1., § 11 y 13.—D., XXXVIII, 8, 1, § 4; y 10, 4, § 10.

ciudad, ó porque el hijo había llegado á una de las dignidades marcadas en la ley, en ningun tiempo perdía los derechos de *agnacion* con su familia (1). Tampoco los perdía en la época del Imperio cuando el príncipe otorgaba esta gracia especial (2).

5.° Por el contrario, si la patria potestad se disolvia por la esclavitud ó pena del hijo, perdía éste todos los derechos en su familia, áun los fundados en la *cognacion* (3).

6.° El emancipado hacía suyo el peculio *profecticio*, si el padre no se retiraba al emanciparle; y todo el usufructo del *adventicio*, cuando el emancipante no se reservaba la mitad en uso de su derecho.

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

1.° Circunstancias que no determinan la capacidad jurídica, pero imposibilitan para ejercitarla.—2.° Instituciones que el Derecho ha establecido para atender al cuidado de las personas incapaces: tutela y curaduría; su semejanza y diferencias.—3.° Definicion y clases de tutela: órden de precedencia entre ellas.—4.° Tutela testamentaria: quiénes pueden nombrar tutor en testamento.—5.° A quiénes puede darse tutor en testamento.

1.° CIRCUNSTANCIAS QUE NO DETERMINAN LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS, PERO IMPOSIBILITAN PARA EJERCERLA.

En los doce títulos anteriores ha tratado Justiniano de las circunstancias llamadas *estados*, porque determinan fundamentalmente la capacidad jurídica de las personas. Desde el presente hasta concluir el Libro primero, se ocupa de algunas otras circunstancias que no influyen sobre la *capacidad jurídica misma*, sino únicamente sobre su *ejercicio*.

Las primeras que se ofrecen con este carácter son la edad y la enfermedad. El niño que no ha llegado á tener inteligencia, y el adulto que por enfermedad la ha perdido, tienen plena capacidad toda vez que sean libres, ciudadanos y *sui juris*, pero no es posible que la ejerciten. El Derecho romano desde sus primeros dias reconoció en semejantes casos la obligacion del Estado á prestar la asistencia tutelar (4); mas, ántes de exponer las instituciones creadas en Roma con el fin de llenar

(1) GAYO, III, 114.—Nov. LXXXI, cap. 2.
(2) C. VI, 58, 11.
(3) *Inst.*, I, 16, § 6.—D., XXXVIII, 10, 4, § 11.
(4) *Proleg.*, pág. 84.

aquel deber, necesitamos hacer dos observaciones indispensables para explicarnos las anomalías que el sistema presenta y las causas por las cuales se desenvolvió de una manera imperfecta, cuyos resultados se sienten todavía en nuestra legislacion:

1.ª Al establecer el primitivo Derecho romano instituciones para proteger á los incapacitados, no se inspiró simplemente en puros sentimientos de piedad, sino á la vez en los intereses familiares de las *gentes*, base de la ciudad. Esta dualidad de principios le condujo á declarar incapaz no sólo al niño y al demente, sino á toda mujer, cualquiera que fuese su edad y discernimiento, para procurar que los bienes se conservasen en las familias. Por este mismo criterio se confió el cuidado de los incapaces á los individuos de la propia familia, los *agnados*, sin cuidarse del grado de parentesco que los uniese con el incapaz, ni áun siquiera de si los unía el lazo de la sangre, como sucedía respecto de los que hubieran ingresado en la familia por arrogacion ó adopcion. En suma, consideró las instituciones creadas para proteger á los incapaces un cargo, sí, pero tambien un derecho; y organizó la asistencia tutelar de manera que fuese al propio tiempo ventajosa para el protegido y para el protector.

2.ª Más tarde, cambian las condiciones intelectuales y morales del pueblo que se tuvieron en cuenta para fijar primitivamente la incapacidad por falta de edad; y sin embargo, no se varió el antiguo sistema. Habíase considerado en los primeros dias suficientemente capaz al hombre tan luego como llegara á la pubertad: una mayor cultura y la perversion moral constituyen al jóven en peligro incesante de ser engañado: la ley misma lo reconoce; insiste no obstante en declararle capaz desde los catorce años; y para evitar los funestos resultados que le acarreará la persistencia del legislador, apela éste á medios indirectos, poco eficaces de suyo y peligrosos en su aplicacion.

Con estos antecedentes veamos el derecho establecido sobre la materia.

2.º Instituciones que el derecho ha establecido para atender al cuidado de las personas incapaces: tutela y curaduría: su semejanza y diferencias.

§ inicial. *Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus igitur de his, quæ*

in tutela, vel in curatione sunt: ita enim intellegemus ceteras personas, quæ neutro jure tenentur.

Ac prius dispiciamus de his, quæ in tutela sunt.

Dos instituciones se crearon para procurar que los derechos del incapaz, en mayor ó menor grado, fueran ejercidos provechosamente: la *tutela* y la *curaduría.*

Ambas tenían por objeto la proteccion de las personas incapaces, como lo dan á entender los nombres con que se las designa; *tutela*, de *tueri*, proteger, defender; *cura*, de *curare*, cuidar, tomar interes. Ambas tenían el carácter de cargo público, aunque no constituían una magistratura (1). El desempeño de ambas, finalmente, era obligatorio si no mediaba excusa ó impedimento legítimo; estaba reglamentado por la ley y vigilado por la autoridad. Hé aquí sus semejanzas.

Pero los romanos distinguieron dos clases de incapacitados: unos, por causas generales y permanentes, que necesitaban asistencia continua; y otros, por causas individuales y accidentales, á quienes bastaba prestar asistencia cuando las circunstancias lo demandasen. De aquí proviene que la tutela y curaduría se diferenciáran en las personas sometidas á una y otra; en los llamamientos para ser tutor ó curador; en la naturaleza de cada uno de estos cargos; y en la diversa manera de ejercer sus respectivas funciones. Expliquemos estas diferencias.

1.ª Sujetaron á tutela á los varones impúberos y á las mujeres, cualquiera que fuere su edad, porque consideraron permanente la causa de su incapacidad: sometieron á curaduría á los furiosos y pródigos, cuya incapacidad reputaron accidental.

2.ª Siendo conocidas de antemano las causas por las que se estaba en tutela, pudo siempre nombrarse tutor en testamento: no siendo posible prever las accidentales que constituían en curaduría, careció el testador de facultad para nombrar curador.

3.ª Como la mision del tutor consistía en proteger al incapacitado por causa permanente: no cabía nombrar un tutor para negocios determinados, sino que debía serlo para todo lo que interesase á su persona; y de aquí el principio; *certæ rei vel causæ tutor dari non potest*; *quia personæ, non causæ vel rei datur* (2). Todo lo contrario sucedía en la curaduría.

4.ª Encargado el tutor de proteger á una persona conside-

(1) *Inst.*, I, 26, pr.—D., XXVII, 1, 6, § 15; L. 4, 1, § 4; y 18, § 1.
(2) *Inst.*, I, 14, § 4.—D., XXVI, 2, 12, 13 y 14.

rada incapaz en principio, debe aquél tomar, en los negocios de ésta, participacion directa, concluyéndolos por sí mismo en union del protegido é integrando la persona de éste. Viceversa, como el curador se encarga tan sólo de vigilar determinados asuntos pertenecientes á persona que en general se reputa capaz, basta que dé su aprobacion posterior á lo que aquélla ejecute.

Todo lo expuesto tiene su desenvolvimiento en los títulos siguientes. Por lo que respecta á las diferencias señaladas entre tutela y curaduría, verémos hacerse con el tiempo una aplicacion tal de las dos instituciones, que no responden á los precedentes históricos, ni se apoyan en fundamentos racionales.

3.° Definicion y clases de tutela.

§ 1. *Est autem tutela (ut Servius definit) jus ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

§ 2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

Jus ac potestas ó, como se lee en otras ediciones, *vis ac potestas*; con estas palabras quiere significarse que el desempeño de la tutela era un *derecho* establecido á favor del tutor, segun hemos dicho ántes, y en virtud del cual venía el tutor á ejercer *autoridad* sobre la persona incapaz. Los que aceptan la leccion *vis ac potestas*, se dividen respecto al sentido de cada una de estas voces: unos creen que *vis* expresaba el poder del tutor sobre los pupilos, y *potestas* la autoridad sobre la mujer; porque cuando Servio formuló la definicion, aquéllos y ésta se encontraban bajo tutela: juzgan otros que *vis* se refiere á las facultades del tutor con respecto á la persona, y *potestas* con respecto á los bienes del pupilo: alguien pretende que *vis* indica que el cargo de tutor era obligatorio, y *potestas* la autoridad que para su ejercicio se confería al nombrado: no falta quien vea expresarse en *vis* las funciones del tutor miéntras el pupilo es menor de siete años, y en *potestas* las que le corresponden cuando el pupilo ha salido de la infancia: y por último, *vis ac potestas* es para muchos un pleonasmo frecuentemente usado por el derecho y por los jurisconsultos en mu-

chos pasajes que no admiten ninguna de las referidas interpretaciones (1).

In capite libero.—Cuestiónase acerca de si estas palabras se refieren al tutor ó al pupilo. Para sostener que se refieren al tutor, se dice que si aludiesen al pupilo se hubieran usado en acusativo; como lo hicieron las Instituciones en el § 2 del tít. IX, al proclamar que la patria potestad era exclusíva de los romanos, *nulli enim sunt homines qui talem* IN LIBEROS *habeant potestatem.* Sin embargo, la construccion gramatical, el uso de la misma frase desde las XII Tablas aplicada al incapaz (2), y la consideracion de que para ser tutor no se necesita ser *sui juris* y sí para estar en tutela, no permiten suscribir al expresado dictámen. Por lo demás, si dice *in capite libero* y no *in pupillo*, es porque cuando se formuló la definicion se hallaban tambien la mujeres en tutela, y necesitaban usar de una locucion general que comprendiese á todos los sometidos.

Ad tuendum.—Tal hemos dicho ser la mision del tutor, la defensa y proteccion del pupilo; y aunque en lo antiguo no fueran creadas las instítuciones tutelares con el exclusivo propósito de proteger á los incapaces, jamás se equiparó la autoridad del tutor á la potestad *patria y dominica,* ni á la *manus* ni al *mancipium*, poderes beneficiosos á quien los ejercía; por esto suele decirse que la autoridad del tutor era *directiva* y la del padre de familia *adquisitiva.*

Eum qui propter ætatem se defendere nequit. Convienen generalmente los escritores en que la primitiva definicion de Servio contendría además, *vel propter sexum*, puesto que entónces se sometian las mujeres á la tutela. Justiniano, pues, eliminaría estas palabras porque en su tiempo estaban en tutela solamente los impúberos; pero como por otra parte en la época del Emperador se provcía de curador al que no hubiera cumplido veinticinco años, si lo solicitaba, vinieron á confundirse, bajo este aspecto, la tutela y la curaduría, puesto que ambas tenian lugar por causa de edad; y las palabras que comentamos debieron ser sustituidas por otras, si habían de expresar una diferencia verdadera entre las dos instituciones.

Jure civili. Aquí parece que se presenta la tutela como una institucion creada por el *derecho civil*, cuando en otro título se nos dice que deriva del derecho natural (3), Esta con-

(1) *Inst.*, IV, 15, § 3.—D., I, 3, 17.—GAYO, I, 122.

(2) La ley de las XII Tablas había dicho ya: *Si furiosus escit agnatorum gentiliumque* IN EO PECUNIAQUE *ejus potestas esto.* (CICERON. *De inventione*, II, 50.)

(3) XX, § 6.

tradiccion aparente se explica con facilidad. Ya hemos dicho que cuando se formuló la definicion estaban sometidos á tutores, no solamente los impúberos, sino tambien las mujeres. Ahora bien, la tutela de los primeros se consideraba de derecho natural; la de las segundas, de derecho civil (1): hé aquí por qué figura éste en la definicion. Verdad que en tiempo de Justiniano ya no queda más que la fundada en el derecho natural; pero sin duda dejó correr la frase antigua, porque, si bien, atendido su orígen, la tutela de los impúberos es de *derecho natural*, *el civil* la ha reglamentado, precisando quién puede nombrar tutor, cuáles son sus facultades, y demas detalles; cuyas disposiciones, por otra parte, sólo rigen entre ciudadanos romanos.

Data ac permissa.—Es indiferente, porque no afecta á la naturaleza de la institucion, el que estas palabras sean un mero pleonasmo, como pretenden muchos, ó se refieran á las diversas especies de tutela, esto es, que en *data* se comprenda la deferida por la ley misma, y en *permissa* la que el derecho permite conferir al testador y al magistrado, como vamos á ver.

Tres, en efecto, eran las clases de tutela que se denominan: *testamentaría*, *legítima* y *dativa*, segun que el tutor venga á ejercer su cargo por llamamiento del testador, por designacion de la ley, ó por decreto del magistrado.

El órden de precedencia entre ellas se determinaba por el principio que regía en materia de sucesion. Una vez que el ciudadano disponia de sus bienes en última voluntad, no tenía lugar la sucesion *ab intestato*, miéntras fuera posible cumplir lo dispuesto por el testador. De la propia manera se estableció, en cuanto á las tutelas, que miéntras hubiera esperanza de la *testamentaría* no tenía lugar la *legítima: quandiu tutela testamentaria speratur*, *legitima cessat* (2). Partiendo de esta base, resultaba la siguiente gradacion:

La *testamentaría* era preferida á las demas, como en la sucesion no se aplican las disposiciones legales, sino cuando el difunto no ha consignado su voluntad.

La *legítima* tenía lugar: 1.° Si el padre moría sin testamento. 2.° Si en él no había dispuesto acerca de la tutela. 3.° Si todos los tutores que hubiera nombrado morían ó perdían el derecho de ciudadanía (3).

A la *dativa* se recurría: 1.° *Ordinaria* y *definitivamente*,

(1) Gayo, I, 189, 190 y 193.
(2) *Inst.* I, 20, § 1.—D., XXVI, 2, 11, pr.
(3) D., XXVI, 4, 6; y 2, 11, § 3.

cuando faltaban la testamentaría y la legítima. 2.° *Extraordinaria*, pero *temporalmente*, cuando el tutor testamentario no podía ejercer su cargo por hallarse en minoría de edad, cautiverio ó demencia; por no haberse cumplido la condicion ó término bajo que se le nombraba; ó porque no se hubiera todavía aceptado la herencia deferida en el testamento en que se le nombró (1). 3.° *Extraordinaria* y *definitivamente*, para reemplazar al tutor testamentario que muere ó pierde el derecho de ciudad, cuando han sido varios los nombrados por el testador, ya que éste no quiso que la tutela fuera ejercida por uno solo, y los tutores legítimos no pueden mezclarse con los testamentarios, como la sucesion intestada no puede mezclarse con la testada. Tiene lugar igualmente para reemplazar al tutor ó tutores testamentarios cuando todos ellos se excusan ó son removidos (2); porque cesaron en la tutela, nó para que se admitiese la sucesion de los tutores legítimos, sino para que otros fuesen nombrados en su lugar (3).

De la tutela testamentaria se ocupa Justiniano en este título y en el siguiente; de la legítima, en los XV al XIX; y de la dativa, en el XX.

4.° TUTELA TESTAMENTARIA; QUIÉNES PUEDEN NOMBRAR TUTOR TESTAMENTARIO.

Tutela testamentaria es, en general, la que se ejerce en virtud de nombramiento hecho por medio de una última voluntad.

Acerca de esta tutela necesitamos examinar cuatro puntos: 1.° Quién puede conferirla. 2.° A quién puede darse tutor testamentario. 3.° Quiénes pueden ser nombrados tutores testamentarios. 4.° Cómo debe hacerse el nombramiento.

Las Instituciones han tenido el capricho de dividir la materia, tratando en el presente Título de los dos primeros extremos referidos, y relegando los dos últimos al inmediato.

Quienes pueden nombrar tutor testamentario —Sancionando sin duda costumbres antiguas, reconocieron las XII Tablas al padre de familias el derecho de dar en su testamento tutor á los descendientes impúberos que tenía en potestad patria, y que á su muerte habían de hacerse *sui juris*. Ulpiano dice: *Testamento nominatim tutores dati, confirmantur lege duodecim Tabularum*, his verbis: UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ REI ITA JUS ESTO (4). Las palabras de esta ley

(1) *Inst.*, I, 20, § 1 y 2.—D. XXVI, 2, 11, pr.; y 4, 1, § 2.
(2) D., XXVI, 2, 11, § 1 al 4.
(3) D., XXVI, 4, 3, § 8.
(4) *Fragm.* XI, § 14.

nos son ya conocidas por la Historia: *legassit* quiere decir dispusiese en forma de ley, pues sabemos que los testamentos se otorgaban en los comicios: *pecunia* significa el patrimonio, reminiscencia de la época en que la principal riqueza era la pecuaria: *suæ rei*, alude á los descendientes sometidos incondicionalmente al poder del *paterfamilias*. De advertir es que la ley emplea una forma disyuntiva en tal manera que parece facultar al padre para nombrar tutor, aunque no disponga de sus bienes; pero los romanos usaban la disyuntiva por la conjuntiva y viceversa, segun declara Paulo, citando, entre otros, el pasaje de esta ley precisamente: *Sæpe ita comparatum est*, dice, *ut conjuncta pro disjunctis accipiantur et disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis. Cum dicitur* SUPER PECUNIA TUTELAVE SUÆ *tutor separatim sine pecunia dari non potest* (1).

Resulta, pues, que, segun el derecho primitivo, la delacion de la tutela testamentaria debía reunir las siguientes condiciones: 1.ª Que la confiriese el padre de familias. 2.ª Que la impusiera á descendientes impúberos sobre que tuviera patria potestad, y que á su fallecimiento no hubiesen de recaer en la de otro, sino hacerse *sui juris*. 3.ª Que la designacion se consignase en un testamento donde se hubiera instituido heredero, aunque desheredase al impúbero, sin cuya circunstancia no valía la última voluntad, como en su lugar verémos (2).

Esta misma doctrina reproducen las Instituciones en el

§ 3. *Permissum est itaque parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filio filiaque omnimodo procedit; nepotibus tamen neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in patris sui potestatem non sint* (3) *recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit, nepotes ex eo non poterunt testamento tuo tutorem habere, quamvis in potestate tua fuerint; scilicet quia, mortuo te, in patris sui potestatem recasuri sunt.*

Mas no debemos creer que subsista en la época de Justiniano el rigor de la ley decenviral. El párrafo trascrito sanciona, es verdad, como regla general los principios antiguos; pero habían sufrido trascendentales reformas. La tutela testamentaria venía considerándose, hacía mucho tiempo, ménos

(1) D. L. 16, 53, pr.
(2) D. XXVI, 2, 1, pr.; id. id. 4.
(3) C. *sunt*.

una delegacion del poder paterno, que una institucion beneficiosa para los pupilos; y en tal concepto podian imponer tutor testamentario no sólo el padre á descendientes que no estaban en su potestad, sino la madre y áun personas las más extrañas, segun vamos á ver.

5.° A QUIÉNES PUEDE DARSE TUTOR EN TESTAMENTO.

§ 4. *Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habentur, et in hac causa placuit non minus postumis, quam jam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent.*

§ 5. *Sed si emancipatio filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

Segun el § 3 que hemos examinado, únicamente podian someterse al tutor nombrado en testamento los descendientes que el testador tuviese bajo su autoridad inmediata en el momento de fallecer, aunque los desheredase (1).

Los dos textos que ahora copiamos, ya nos hablan de dos clases de descendientes que no estaban comprendidos en aquella regla, y sin embargo pueden recibir tutor testamentario; y todavía no contienen todos los casos de excepcion. Para exponerlos ordenadamente, distinguirémos si el nombramiento lo ha hecho el padre, la madre ó una persona extraña.

El *padre* puede nombrar tutor.

1.° A los descendientes *póstumos*, esto es, á los que todavía no han nacido cuando muere el testador, con tal que sean de aquéllos que estarían en potestad inmediata del que les nombró tutor, si hubieran nacido viviendo éste. Ya en tiempo de Gayo se admitia esta doctrina del § 4, á pesar de que el *póstumo* no había llegado á estar realmente bajo la potestad del testador (2). Semejante nombramiento vale por sí, y no necesita la confirmacion del magistrado (3); porque los

(1) Miéntras se conservó la tutela de las mujeres, el padre de familias daba tutor á su esposa y á las de los descendientes que hubieran entrado *in manu mariti*. Mediaba la particularidad de que el testador podia otorgarles la *tutoris optio*, es decir, permitirlas que ellas mismas eligieran tutor, (*tutor optivus*): y esto, de dos maneras: ó atribuyéndolas facultad de elegir para todos los negocios, en cuyo caso la mujer escogía tutor siempre que quisiera (*optio plena*); ó sólo para determinado número de veces (*optio angusta*.) (GAYO, I, 148 á 154.)

(2) GAYO, I, 147.

(3) De la *confirmacion* tratarémos en el Título siguiente; porque tiene lugar no sólo para suplir la falta de poder en el que nombra, sino el defecto en la manera de nombrar.

póstumos se equiparan á los nacidos, *non minus postumis quam jam natis*, dice el texto.

2.° A sus descendientes *emancipados*, por más que no tenga ya sobre ellos patria potestad. Para suplir la falta de autoridad legal en el padre, este nombramiento se sometía á la confirmacion del magistrado que la prestaba sin averiguar las condiciones del elegido, porque bastaba la garantía del amor paterno. Tal era el derecho admitido en tiempo de Modestino, de cuya doctrina se tomó el § 5 (1).

3.° A los *hijos naturales*. Las Instituciones omiten este caso, como los restantes; y la ley del Digesto, que le menciona, se halla redactada con ambigüedad: *Naturali filio*, dice, *cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre: nec sine inquisitione confirmatur* (2). Entiéndese generalmente que el padre carece en absoluto de poder para dar tutor á su hijo natural cuando ningunos bienes le deja; y que áun dejándole parte de su fortuna, necesitará ser confirmado el nombramiento, prévia inquisicion. Así lo persuade una constitucion de Justiniano, que otorga como una gracia especial el derecho de nombrar tutor para los hijos naturales cuando su padre les deje aquella parte de bienes que permiten las leyes (3).

La madre puede nombrar tutor á sus hijos bajo la condicion de que los instituya herederos, considerándose entónces el tutor dado más bien al patrimonio que á la persona; pero este nombramiento debía confirmarle el magistrado, prévia inquisicion (4).

El *extraño*, incluso el *patrono*, solamente se encontraban facultados para dar tutor al impúbero á quien instituían por heredero, y que por otra parte carecía de toda clase de bienes. Todavía recomienda la ley al magistrado una detenida inquisicion ántes de confirmar este nombramiento, que por su rareza llama la atencion del legislador (5).

(1) D. XXVI, 3, 1, § 1 y 2. (2) D., XXVI, 3, 7, pr. (3) C. V, 29, 4.
(4) D., XXVI, 2, 4. (5) D., XXVI, 3, 4.

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

[1.º Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento.—2.º Cómo puede y debe hacerse su nombramiento.—3.º Para qué descendientes se entenderá nombrado el tutor.—4.º Cuándo y por qué necesita confirmarse el nombramiento hecho por el testador: en qué consiste la confirmacion: diversas maneras de prestarla.]

1.º QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

En el título anterior hemos determinado las personas que estaban facultadas para nombrar tutor en testamento, y las que podían ser sometidas al tutor nombrado: veamos ahora, siguiendo á Justiniano, los otros dos extremos relativos á la tutela testamentaria, ó sea, quiénes pueden ser nombrados tutores testamentarios, y cómo debe hacerse su nombramiento.

Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento. Este epígrafe del título manifiesta desde luego que la tutela testamentaria se desvía de las otras en este particular; pues si no pudieran ser elegidos para ella ni más ni ménos personas que aquéllas en cuyo favor puede ser deferida la legítima ó dativa, carecía de objeto el tratado. Pero nótese bien, que la diferencia existe en cuanto á la *delacion;* porque, respecto al *ejercicio*, toda clase de tutelas son regidas por las mismas disposiciones legales. Así, un menor de edad no puede desempeñar ninguna clase de tutela; pero sí recibir el título de tutor testamentario, y entrará en funciones tan luego como llegue á la mayoría; al paso que si se tratase de la tutela legítima ó dativa, no recibirá la investidura de tutor, porque la ley llamaría al pariente que le siguiese en proximidad, y el magistrado no podría nombrarle. De las personas incapaces para *ejercer* toda clase de tutelas nos ocuparémos en el título XXV; aquí, de las que no pueden ser nombradas más que en testamento, cuyo catálogo forma la materia de los

§ inicial. *Dari autem potest tutor non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.*

§ 1. *Sed et servus proprius testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est, cum, et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse, Plane si*

per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus purè inutiliter testamento datur tutor: sed ita CUM LIBER ERIT, *utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

§ 2. *Furiosus, vel minor vigintiquinque annis tutor testamento datus, tunc tutor erit, cum compos mentis, aut major vigintiquinque annis factus fuerit.*

Los textos copiados enumeran el hijo de familias, los esclavos, el furioso y el menor de veinticinco años, sobre cada uno de los cuales harémos las observaciones convenientes.

El hijo de familias se encuentra fuera del caso que se proponen explicar las Instituciones: podía, es cierto, ser nombrado tutor por un testador; pero tambien por el magistrado. La ley le equipara al padre de familias para el desempeño de las magistraturas y de la tutela (1); y el mencionarle en este lugar no sólo es inoportuno, sino que puede inducir al error de creer que el hijo de familias únicamente podía ser nombrado para la tutela testamentaria, ó por lo ménos que en ello hubiera existido alguna duda, que venía á resolver el párrafo inicial.

El esclavo ya constituye una excepcion de la regla general. No podía adquirir el carácter de tutor legítimo, porque carecía legalmente de familia; tampoco el de dativo. porque no tenía capacidad jurídica para que el magistrado le nombrase; pero si podia designarle un testador á quien constase que era esclavo, y bajo las distinciones que contiene el § 1.

Tratándose de esclavo propio del testador, era válido el nombramiento: 1.º Si al nombrarle, se le manumitía expresamente; en este caso nunca se dudó que adquiría por el testamento la tutela y la libertad *directa*. 2.º Aunque nada se dijese, respecto á la manumision, producía iguales efectos, como declara el texto, siguiendo la opinion de Paulo (2), y derogando el derecho antiguo que sólo le reconocía libertad *fideicomisaria*, pues necesitaba manumitirle el heredero. Pero sería íneficaz en el caso de que le nombrase para cuando fuera libre, *cum liber erit;* porque manifestaba poco interés en que fuera tutor, dejando al acaso una libertad que él podía otorgarle.

Si el testador no tenía propiedad sobre el esclavo, únicamente sería válido el nombramiento hecho para cuando fuera libre, *cum liber erit*, ó encargase comprarle y manumitirle; mas si se le nombraba puramente, no valía. Esta última de-

(1) D., I., 6, 9. (2) D., XXVI, 2, 32, § 2.

cision de Justiniano parece ménos equitativa que la dada por Ulpiano y los emperadores Valeriano y Galieno, los cuales entendían que en este caso el heredero debía comprar al esclavo y manumitirle (1).

El furioso tambien presenta excepcion de la regla general. Siempre se admitió que fuera válido su nombramiento en última voluntad si se hacía para cuando sanase, *cum furere desierit*. Por el contrario, si se le nombraba puramente, Próculo no le consideraba eficaz; pero Ulpiano, Paulo y Pomponio juzgaban que debía sostenerse como hecho bajo la condicion *cum suæ mentis esse cœperit* (2), dictámen que sanciona el § 2.

El menor de veinticinco años. Antiguamente sólo el impúbero carecía de aptitud para la tutela, y aún si le correspondía la legítima ó era liberto nombrado por el patrono, llegaban á ejercerla, apénas salían de la impubertad; pero los menores eran capaces, si bien podían excusarse (3). Justiniano excluyó de la tutela al menor (4), mas permitiendo que se le nombre en testamento, aunque no desempeñará las funciones de tutor hasta la mayoría de edad. Cada legislacion respondía á su época: ántes, se consideró al púbero con bastante inteligencia para todos los negocios: despues, se desconfió de su discernimiento miéntras no cumpliese veinticinco años. Supónese que el tutor debía encontrarse más próximo á esta edad que el impúbero á los doce ó catorce, pues, en caso contrario, no tenía objeto el nombramiento.

Esta mayor latitud concedida para nombrar tutor testamentario pudo reconocer varias causas, entre las cuales figuraron: 1.ª ser la regla general sobre la materia que podía nombrarse tutor á todo aquel con quien el testador tuviera la *factio testamenti* (5): 2.ª el fundado respeto que á la ley inspiraba la eleccion verificada por persona tan conocedora de lo que más convenía á sus hijos: 3.ª la consideracion de que, áun cuando el tutor testamentario se hallase temporalmente impedido, podía sustituirle otra persona que designase el magistrado.

2.º Cómo puede y debe hacerse su nombramiento.

Por las mismas razones que acabamos de exponer, se permitieron en el modo de conferir la tutela testamentaria for-

(1) D., XXVI, 2, 10, § 4.—C. VII, 4, 9.
(2) D, XXVI, 1, 11; y 2, 10, § 3.
(3) D., XXVII, 1, 10, § 7; y 3, 9, § 1.
(4) C. V, 30, 5.
(5) Ulpiano.—*Fragm.*, XXII, 2.—D., XXVI, 2, 21.

mas no admitidas para la legítima y dativa: de este género son las que autoriza el

§ 3. *Ad certum tempus, vel (1) ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem, posse dari tutorem, non dubitatur.*

Nombrar tutor *ad certum tempus* es señalar al tutor un plazo durante el cual desempeñe el cargo; pero, cumplido, cese en la tutela: *ex certo tempore*, prefijarle la época desde la cual, y no ántes, comenzará á ejercer la tutela: *sub conditione*, someter el nombramiento á un suceso futuro é incierto, de tal manera, que cuando se realice, ó comience á tener efecto ó deje de tenerlo (2). Si á favor de una misma persona se hubieran hecho varios nombramientos bajo distintas condiciones ó plazos, valdría el último (3).

Que pudiera consignarse en el testamento la designacion de tutor ántes de instituir heredero, *ante hæredis institutionem*, era un punto controvertido en el derecho antiguo, segun cuyos principios nada podía disponerse ántes de nombrar heredero. Sostenian los Proculeyanos la afirmativa, fundados en que por el nombramiento de tutor nada se desmembraba de la herencia (4). Justiniano declaró válido cuanto se colocase ántes de la institucion (5); y con mayor motivo resuelve aquí que pueda deferirse la tutela.

Finalmente, áun en el caso de faltarle al testamento las solemnidades prescriptas, quiso el legislador que se cumpliese la voluntad del padre (6).

Mas la condescendencia de la ley para con los testadores no llegó hasta el punto de permitirles nombramientos inconsiderados, que comprometieran la suerte del pupilo, ó que desnaturalizasen la institucion de la tutela.

Por la primera consideracion, se les prohibió nombrar tutor á persona incierta ó indeterminada, acerca de cuyas circunstancias no hubiera podido el testador formar un juicio exacto, puesto que ignoraba sobre quién iba á recaer su nombramiento eventual; v. gr., el primero que llegase á su fune-

(1) C. *seu.*

(2) Papiniano (D., L, 50, 17) dice que los actos legítimos no admiten condicion ni dia, y entre ellos comprende la *tutoris datio*; pero se refiere al tutor que da el magistrado, segun declara Ulpiano (D, XXVI, 1, 6, § 1). La delacion de la tutela en testamento no es acto legítimo.

(3) D., XXVII, 2, 8, § 3; y 10, § 1.

(4) Gayo, II, 229, 230 y 231.

(5) C. VI, 23, 24.

(6) C. V, 29, 2.

ral, el que se casase con su hija, designándole con nombre que fuese comun á varios sugetos, etc. (1).

Por la segunda, nos dice el

§ 4. *Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ, non causæ vet rei datur.*

Para determinar en el Título anterior las diferencias entre tutela y curaduría, hicimos ya mérito de este párrafo. Allí hemos visto que los individuos sometidos á tutela eran considerados como si no tuvieran personalidad completa; y necesitaban, por consecuencia, de una persona que completara su capacidad, tomando en todos los negocios una participacion directa y concluyéndolos en union del protegido. No era, pues, dado al ciudadano alterar en su última voluntad el carácter esencial de las instituciones creadas por la ley. Tal fué siempre la doctrina romana (2); pero, como excepcion, se permitía nombrar tutor para administrar exclusivamente una parte de los bienes que el pupilo domiciliado en Roma poseyese en provincias lejanas (3).

3.° PARA QUÉ DESCENDIENTES SE ENTENDERÁ NOMBRADO EL TUTOR.

Por lo mismo que al padre de familias se le reconoce árbitro de dar ó nó tutor á sus descendientes, necesitaba determinar con claridad los que había tenido intencion de someter al tutor nombrado. Para obviar cuestiones, declara el

§ 5. *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ, vel postumo videtur dedisse, quia filii vel filiæ appellatione et postumus et postuma continentur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sunt (4)? Dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo* LIBEROS *dixit: ceterum, si* FILIOS, *non continebuntur: aliter enim filii. aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continebuntur.*

Al refundir en este párrafo dos pasajes de Ulpiano (5), se redactó algo confusamente. El jurisconsulto dice: Que comprende á los póstumos la designacion de tutor hecha bien para

(1) GAYO, II, 240.—*Inst.*, II, 20, § 27.—D., XXVI, 2. 29 y 30.—C. VI, 48, un.
(2) D., XXVI; 2, 12, 13 y 14.
(3) D., XXVI, 2, 15.
(4) C. *sint.*
(5) D., XXVI, 2, 5 y 6.

los hijos *(filiis)*, bien para las hijas *(filiabus)*; que si usó de la palabra descendientes *(liberos)*, se comprenden tambien los nietos ; si la de hijos *(filios)*, no se comprenden los nietos; y si la de póstumos *(postumos)*, se comprende tanto los hijos póstumos como los demas descendientes igualmente póstumos. En suma, la denominacion *filii* tan sólo abraza los descendientes de primer grado, sean varones ó mujeres ; la de *liberi*, á todos los descendientes nacidos de cualquier grado y sexo; y la de *postumi* á todos los descendientes no nacidos, cualquiera que sea tambien su sexo y grado.

4.° CUÁNDO Y POR QUÉ NECESITA CONFIRMARSE EL NOMBRAMIENTO HECHO POR EL TESTADOR; EN QUÉ CONSISTE LA CONFIRMACION : DIVERSAS MANERAS DE PRESTARLA.

El tutor testamentario podía ser *rectè datus* y *non recté datus*; ó, como dicen los modernos, la tutela testamentaria era *perfecta* ó *imperfecta*. *Perfecta* ó *recte data*, la que reunia estas tres condiciones exigidas por la ley de las XII Tablas: 1.ª Que la confiriese el padre de familias. 2.ª Que la consignase en un testamento solemne. 3.ª Que la diese para un descendiente constituido en su potestad inmediata. *Imperfecta* ó *non rectè data*, aquélla en que faltase cualquiera de estas condiciones. La primera producía todos sus efectos de pleno derecho, *ipso jure*; porque era atribucion que correspondía al jefe doméstico de una manera absoluta. La segunda no valía *ipso jure*; necesitaba que el Estado supliese el defecto que entrañaba, y lo hacía por medio de la confirmacion que prestaba una persona constituida en autoridad pública.

Es, pues, la *confirmacion*, un acto por el cual el magistrado aprueba el nombramiento de tutor testamentario hecho por quien no es padre del pupilo, ó por quien no tiene sobre éste patria potestad, ó en última voluntad destituida de las solemnidades legales.

La confirmacion se prestaba de dos maneras : unas veces, *con inquisicion*; otras, *sin inquisicion*. Cuando para aprobar el nombramiento se necesitaba inquisicion, el magistrado averiguaba préviamente la moralidad, aptitud y solvencia del nombrado tutor. Cuando no procedía la inquisicion, el magistrado, dando por supuestas estas condiciones en el nombrado, se limitaba á conocer si habían cambiado con posterioridad al nombramiento, de suerte que, á conocerlas el testador, hubiera revocado su eleccion; v. gr., si se había empobrecido, si se había convertido en enemigo de la familia, corrompido en sus costumbres, comprometídose en negocios con el Fis-

co, etc. (1): no era por consiguiente una vana formalidad.

Así entendido, se confirmaba *sin inquisicion* el nombramiento que el padre hacía para el descendiente emancipado ó en última voluntad sin las debidas formalidades: porque la ley respeta siempre la autoridad moral del padre legítimo: y tiene al propio tiempo confianza tal en el acierto de sus disposiciones, que el magistrado solamente podrá negar su aprobacion cuando acontecimientos posteriores hagan creer que esa sería la voluntad del padre, si los conociera (2).

Era, por el contrario, necesaria la *inquisicion* ántes de aprobarse el nombramiento hecho por el padre para su hijo natural (3) y los de la madre ó de un extraño (4).

TITULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

1.° Observaciones generales acerca de las diversas clases de tutelas legítimas. — 2.° Cuándo tiene lugar la tutela legítima de los agnados. — 3.° Quiénes son agnados. — 4.° Por qué causas se extingue la agnacion. — 5.° Quiénes eran llamados á esta tutela antiguamente y segun la Novela CXVIII.

1.° OBSERVACIONES GENERALES ACERCA DE LAS DIVERSAS CLASES DE TUTELAS LEGÍTIMAS.

Tutela legítima, en general, es la deferida por la ley.

La doctrina referente á la tutela legítima, tal como se desenvuelve en las Instituciones, presenta cierta confusion por dos razones principalmente: 1.ª Porque se halla dividida en cuatro Títulos, bajo diferentes nombres y, sobre todo, interrumpida con el tratado de capitisdiminucion que acaba de complicarla. 2.ª Porque la mayor parte de las reglas de que se compone, fueron derogadas por la Novela CXVIII de Justiniano; de suerte que viene á exponerse un derecho que ya no existía, y deja de exponerse el vigente.

Si en los últimos años de su vida hubiera el Emperador ordenado revisar las Instituciones, poniéndolas en armonía con la citada Novela, se habría reformado todo el contenido de los Títulos que vamos á estudiar, comenzando por sus epígrafes mismos, y evitádose algunas dudas á que dá lugar el

(1) D., XXVI, 2, 4; y 3, 6, 8, 9 y 10.
(2) *Inst.*, I, 13, § 5.—D., XXVI, 2, 4; 3, 1, § 1; id., id. 2.—C, V, 29, 2.
(3) D., XXVI, 3, 7.
(4) D., XXVI, 3, 1, § 2; id. id., 2, 4 y 5.—C, V., 29, 1.

laconismo que emplea en su Novela, cuando peca ordinariamente de ampuloso.

Fácil es, sin embargo, dar á esta materia la unidad y sencillez necesarias: basta para ello recordar, por una parte, el doble objeto á que respondían las instituciones creadas para proteger á los incapaces; y por otra, la constitucion familiar, y los efectos de la manumision y de la emancipacion.

Teniendo presente que las instituciones tutelares se proponían á la vez el auxilio del protegido y el interes del protector, comprenderémos bien el principio de que partía la ley para conferir la tutela del impúbero, cuando la voluntad del testador no había provisto á esta necesidad. Ulpiano le formula en los términos más explícitos cuando, despues de consignar que la tutela legítima corresponde al que la ley llama para la herencia intestada del impúbero, añade: *Hoc summa providentia: ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona,* NE DILAPIDARENTUR (1).

Ahora bien, conocidas que sean las personas llamadas á la sucesion intestada, sabrémos á quiénes se confería la tutela legítima. En su lugar oportuno expondrémos detalladamente los órdenes de suceder ab intestato: por ahora nos basta saber que eran las personas unidas con el difunto por los diferentes vínculos legales que ya conocemos y vamos á recordar. Si se trataba de un impúbero que *no había sido emancipado*, á la muerte del padre, y en defecto de tutela testamentaria, serían sus tutores los *agnados* más próximos, los únicos que tenían derechos familiares (*tutela legitima agnatorum:* objeto de este Título). Si de un impúbero *manumitido*, el patrono, y á falta de éste sus descendientes; porque un liberto impúbero carecía necesariamente de *agnados*, no tenía familia (*tutela legítima patronorum,* Título XVII). Si de un impúbero *que hubiera sido emancipado*, el ascendiente que le emancipó; pues tampoco tenía *agnados*, toda vez que por la emancipacion se había roto el vínculo de agnacion que le unía á su familia, y sólo quedaba ligado con el emancipante en concepto de *patrono*, pues le había manumitido por *vindicta (tutela legítima parentum*, Título XVIII). Por último, equiparados los hijos del emancipante con los del que había manumitido á un esclavo, se les dió tambien la herencia y la tutela cuando faltaba el ascendiente que había emancipado al impúbero *(tutela fiduciaria,* Título XIX).

Estas cuatro especies de tutelas pueden llamarse *legíti-*

(1) D., XXVI, 4, 1, pr.—De aquí el axioma: *Ubi successionis est emolumentum ibi et tutelæ onus esse debet.* (Inst., I. XVII, un. — D., L, 17, 73, pr.)

mas, porque se ejercen á virtud de un llamamiento de la ley; pero se observa que la última no lleva aquel calificativo: darémos la razon. Ulpiano dice: Tutores legítimos son los que provienen de alguna ley; mas por excelencia se llaman legítimos los que introdujo la ley de las XII Tablas, bien expresamente, cuales son los agnados, bien por deduccion, cuales son los patronos (1). Segun esto, las XII Tablas habían llamado en términos expresos á los agnados tanto para la sucesion, cuanto para la herencia del impúbero; pero como llamasen igualmente al patrono y á sus hijos para la herencia del liberto, se dedujo que tambien la tutela debía corresponderles segun la ley decemviral aunque no lo dijera explícitamente, pues era una consecuencia del derecho á heredar: ambas, por lo mismo, se denominaron tutelas *legítimas*. Luégo, se utilizó para emancipar el rodeo que en su lugar hemos reseñado, y por resultado del cual el ascendiente emancipador adquiría el concepto de *patrono*, con derecho á la sucesion del impúbero emancipado; era, pues, lógico que ejerciese asimismo la tutela; pero como aquel procedimiento y sus resultados no habian sido previstos siquiera por las XII Tablas, no podía decirse que ellas habían creado esta tutela; ni expresamente como la de los agnados, ni por deduccion, como la del verdadero patrono y sus hijos: no merecía, segun esto, el dictado de *legítima* sino el de *fiduciaria*, de la clausula de *fiducia* que intervenía en la última venta; mas por consideracion al ascendiente, y no queriendo guardarle ménos deferencia que al patrono, se le dió todavía el nombre de *legítima* (2). Finalmente, como los hijos del emancipante, á falta de éste, heredasen al impúbero emancipado, debieron ser al mismo tiempo sus tutores; y no mereciendo á la ley tanto respeto como el ascendiente, se conservó para esta tutela el nombre que en rigor le correspondía, el de *fiduciaria*.

Conocidas ya las diferentes clases de tutela legítima y la unidad de principio á que todas ellas responden, sólo nos resta hacer sobre cada una ligeras observaciones y notar la respectiva modificacion que sufrieron despues de la Novela CXVIII. Empezarémos por la de los *agnados*, materia de este título.

2.° CUÁNDO TIENE LUGAR LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

§ inicial. *Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim Tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

(1) ULPIANO, *Reglas*, XI, § 3.
(2) ULPIANO, *Reglas*, XI, § 5.—GAYO, I, 166, 172 y 175.

§ 2. *Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare, sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. Quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

Ya dijimos en el núm. 3.° del Título XIII que se encargaban de la tutela los llamados por la ley, cuando no se había nombrado tutores testamentarios, ó faltaban todos los nombrados.

Respecto del primer caso, hay perfecta conformidad entre el párrafo 2.° y la doctrina que allí expusimos : pero sobre el segundo , parece que media notable diferencia ; pues el texto solamente llama al tutor legítimo cuando el testamentario *vivo testatore decesserit*, por lo cual podía sospecharse que no se admite al legítimo cuando el testamentario sobrevive al testador que le nombró. Este podrá ser tal vez un principio aceptable, pero no es romano; porque el Digesto contiene disposiciones terminantes, segun las cuales viene el tutor legítimo siempre que muera el testamentario, sin distinguir la época de su fallecimiento (1). Lo que puede explicar este aparente desvio de la doctrina constantemente admitida, es que en la ley, de la cual se tomó el párrafo 2.°, dice Paulo : Que tambien se reputa muere intestado, en cuanto á la tutela, cuando el tutor nombrado en testamento ADHUC FILIO IMPUBERE MANENTE, *decesserit* (2); palabras que las Instituciones han reemplazado desgraciadamente con las de *vivo testatore*, trastornando el concepto.

Acerca del nombre de *legítimos*, que correspondía á estos tutores, segun el párrafo inicial, ya hemos dado al principio la explicacion suficiente.

3.° QUIÉNES SON AGNADOS.

§ 1. *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione conjuncti* (3), *quasi a patre cognati; veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrui filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus* (*et invicem scilicet tu illi eodem jure conjungeris*), *quia qui nascuntur patris, non matris, familiam sequuntur.*

(1) D., XXVI, 2, 11, § 3; y 4, 6.
(2) D., XXVI, 4, 6.
(3) C. *sunt agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti.*

Si en la familia romana no hubiera podido entrarse por medio de la adopcion, ni salirse de ella por medio de la emancipacion, serían efectivamente *agnados*, como dice el texto, *los cognados ó parientes por parte de varon*. En la familia donde no hubieran ocurrido ninguno de aquellos acontecimientos, todos los hijos del jefe, bien permanecieran solteros ó se hubieran casado, las hijas solteras, y los descendientes de los hijos, serían *agnados*, porque todos ellos estarían bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, constituyendo una sola sociedad doméstica; mas no las hijas casadas, que pasaban á formar parte de la familia del marido, lo mismo que su descendencia.

A este caso es únicamente aplicable la definicion de Justiniano. Pero era muy frecuente que de la familia natural se emanciparan algunos descendientes, dejando en su virtud de ser *agnados;* y á la vez, que por adopcion ingresasen en ella personas extrañas, adquiriendo el carácter de *agnados* con los descendientes naturales de su nuevo jefe. Luego definir la *agnacion* el parentesco por línea masculina, es inexacto; porque había parientes de esta clase que no eran *agnados*, y había extraños que lo eran. Por esto dijimos (pág. 40) y repetimos ahora, que la agnacion era el *lazo que unía á los individuos que se hallaban sometidos á un mismo paterfamilias, ó que se hallarian si éste no hubiera muerto.* Lo que constituye la agnacion no es el vínculo de la sangre por línea masculina, sino el hecho de formar parte de una misma sociedad doméstica.

4.° Por qué causas se extingue la agnacion.

§ 3. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris est nomen. Cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*

Para no confundir la doctrina de este párrafo, debemos distinguir el *vínculo* mismo en que respectivamente consisten la agnacion y la cognacion, de los *derechos* que cada una lleva consigo.

El *vínculo* de la cognacion jamás desaparece, ni puede la ley extinguirle, porque es un lazo creado por la naturaleza; y cualquiera que sea el estado en que se constituya un pariente, no dejará de ser cognado. Al contrario, siendo el *vínculo* de la agnacion un lazo de pura creacion legal entre

individuos de la misma familia, sean ó no parientes, natural es que la ley le considere roto, siempre que cualquiera de sus individuos deje de pertenecer á la familia.

Tratándose nó del *vínculo* mismo, sino de los derechos, la ley declara cuáles y cuándo los han de producir tanto la *cognacion* como la *agnacion*; porque corresponde al legislador determinar las consecuencias legales de los hechos, bien sean éstos naturales ó jurídicos.

En el título siguiente hallarémos la comprobacion de esta doctrina.

5.° Quiénes eran llamados á esta tutela antiguamente y segun la Novela CXVIII.

Las Instituciones se limitan á consignar en el párrafo inicial de este Título que las XII Tablas llamaban á los agnados para desempeñar la tutela de aquéllos á quienes no se hubiera dado tutor testamentario; pero en el párrafo que bajo el número 7 se coloca en el Título siguiente, faltando al órden, nos marcan la prioridad con que eran llamados. Cuando la tutela, dice, corresponde á los agnados, no se les defiere simultáneamente á todos, sino sólo á los que están en grado más próximo; ó si son del mismo grado, á todos ellos.

Dos observaciones debemos hacer sobre esta doctrina, que expresa el órden de los llamados á ejercer la primera clase de tutela legítima, hasta que se publicó la Novela CXVIII.

1.ª Que la mujer no venia á ejercerla, por más que fuera próxima agnada (1); pues antiguamente, ella misma tenía por tutores á sus agnados (2), y aunque despues se emancipó de la tutela, siempre fué ésta considerada un cargo público, del cual era incapaz la mujer.

2.ª Aunque en el texto no se mencionan los *gentiles*, parece indudable que primitivamente les corresponderia ser tutores á falta de agnados. Nos consta, en efecto, que el cuidado del furioso se encargaba por la ley de las XII Tablas á los

(1) D., XXVI, 4, 1, § 1.

(2) Gayo (I, 157) dice que antiguamente las mujeres tenian tambien á sus agnados por tutores; pero que más tarde la ley Claudia abolió esta tutela. No conocemos los términos de esta ley; debe sin embargo creerse que su disposicion se aplicó no sólo á las mujeres mayores, sino á las menores de la pubertad, cuando una ley del Código dice que, segun habia ordenado Constantino (es decir, una ley posterior á la Claudia), las mujeres menores de la pubertad se hallaban bajo la tutela de sus agnados (C. V, 30, 3). Miéntras estuvieron sometidas á tutela durante toda su vida, el tutor agnado podía traspasar su cargo á tercera persona (*tutor cessicius*) por la *in jure cessio* (Ulp., *Fragm.*, XI, § 6); pues era demasiado oneroso por su indefinida duracion: no así la tutela de los varones, que terminaba con la pubertad (Gayo, I, 168). Desde la ley Claudia, ya no hubo términos hábiles para semejante cesion (Ulp., *Fragm.*, XI, § 8).

gentiles, cuando no existían agnados (1), y tambien que á falta de agnados eran llamados los gentiles á la sucesion en virtud de esta ley (2). Ahora bien, teniendo por fin la tutela legítima, tanto los intereses del pupilo como los del tutor, presunto heredero, para que los bienes de aquél *ne dilapidarentur*; siendo, por consecuencia, inseparables generalmente los derechos de sucesion y de tutela; y atendida la primitiva constitucion familiar, no puede negarse que la tutela legítima se defiriera á los gentiles.

Así podemos trazar la historia del derecho de tutela, que es la de todos los derechos familiares. En su principio, las familias del mismo tronco constituyen una *gens*: la tutela corresponde en primer término á los individuos de cada *familia*, los *agnados*, y en su defecto á los de la misma *gens*, los *gentiles*. Luégo desaparecen las *gentes*: la tutela ya no puede ser deferida más que á los *agnados*. Por último, se transforma la familia misma, único resto de la institucion familiar; los derechos de familia ya no están vinculados en las personas que de hecho constituyen la sociedad doméstica, sino que se extienden á todos los parientes, aunque se hayan separado de aquella sociedad: la tutela no puede ya continuar siendo exclusiva de los *agnados*: este Título que la consigna pertenece á la historia: el derecho vigente se halla escrito en la Novela CXVIII, que vamos á exponer.

El *jus gentium* iba sobreponiéndose al *jus civile* en todas las instituciones, y la familia no podía ménos de experimentar la influencia del cambio en la opinion pública. El respetuoso cariño que los romanos conservaban al código de las XII Tablas no les permitia abolir explícitamente la constitucion familiar creada por el mismo; pero los pretores, los jurisconsultos y los emperadores fueron introduciendo tales modificaciones, eran tantos los casos en que parientes separados de la sociedad doméstica heredaban á los miembros de ella, que la ley decemviral existía sólo en el nombre. Decidióse por fin Justiniano á romper con los principios antiguos, supuesto que ya no tenían aplicacion real en la vida; y por la Novela CXVIII creó un nuevo sistema de sucesion *ab intestato*. Por ella se declara con igual derecho para desempeñar la tutela á los *agnados* y *cognados*, segun los llamamientos que para la herencia establece y estudiarémos en el Libro III. Allí debemos acudir para saber el órden con que se defiere la tutela legítima; pero necesitamos ocuparnos aquí de dos puntos,

(1) CICERON, *De inventione*, II, 50.
(2) GAYO, III, 17.

que son especiales de la tutela y nada tienen de comun con la herencia:

1.° Verémos que cuando no hay descendientes del difunto, llama para heredarle conjuntamente á sus ascendientes, hermanos bilaterales ó hijos de éstos; pero en cuanto á la tutela no quiere el Emperador que todos ellos tengan igual derecho. Declara en su virtud que la madre y abuela del pupilo *serán preferidas á todos los colaterales y sólo postergadas á los tutores testamentarios*, siempre que renuncien á contraer segundas nupcias y al beneficio que la mujer gozaba de no obligarse por tercera persona. En el tratado de obligaciones conocerémos los efectos de la segunda renuncia: respecto á la primera, claro es que no constituia un impedimento para ligarse ulteriormente en matrimonio, pero cesaba de ser tutora tan luego como se casára.

2.° Justiniano únicamente da preferencia á la madre y abuela sobre los demas colaterales: ¿qué sucederá, si tambien el padre ó el abuelo existen y se hallan en el caso de ser tutores? ¿Vendrán despues de la madre, al mismo tiempo, ó ántes que ella? El Emperador no tuvo quizás presente semejante eventualidad, que nada tenía de imposible en el derecho romano (1). A pesar de este olvido, creemos que el ascendiente varon sería preferido á la madre: 1.° Porque si sólo el afecto materno pareció bastante motivo al legislador para anteponer la madre á los colaterales, relajando el principio de que la mujer no podía desempeñar el cargo de tutor, con mayor razon deben ser preferidos á ella el padre y el abuelo que, sobre el cariño, tienen competencia natural y probada. 2.° Porque la ley siempre reconoció en el ascendiente paterno una superioridad respecto á la madre en cuanto se refería á la tutela de descendientes no constituidos en potestad. Así, el nombramiento de tutor hecho por el padre para un descendiente emancipado se aprobaba sin inquisicion; el magistrado no podía mezclarse en averiguar las circunstancias del nombrado, ni rehusar su aprobacion, á no haber cambiado las que reunía cuando se le nombró: viceversa, el magistrado debía inquirir las condiciones del elegido por la madre, y era árbitro de aprobarle ó nó, segun el juicio que formase sobre el acierto de la eleccion. 3.° Porque la proposicion que sostenemos viene á confirmarse por la doctrina que exponen

(1) Esto podía suceder en varios casos; v. gr., si el padre había dado en adopcion plena á su hijo, y el adoptante moría ántes que el adoptado fuera púbero; si el padre se había emancipado por dignidad y dejaba al morir hijos impúberos: en la primera hipótesis, el padre pretendería la tutela de su hijo; en la segunda, el abuelo la de su nieto.

las Instituciones en los Títulos XVIII y XIX, como se verá.

Esto supuesto, vienen á ejercer la tutela legítima, segun la Novela CXVIII: 1.° el padre; 2.° el abuelo; 3.° la madre, sujetándose á las renuncias expresadas; 4.° la abuela en los mismos términos que la madre: 5.° los hermanos bilaterales del impúbero, y á la vez los hijos de estos hermanos: 6.° los demas parientes por el órden con que son llamados á la sucesion y que en su lugar verémos.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

1.° Qué se entiende por capitis-diminucion: cuándo existe.—2.° Clases de capitis-diminucion: casos en que tiene lugar cada una de ellas.—3.° Influencia que respectivamente ejercen sobre la agnacion y la cognacion.

La desacertada colocacion de este Título ha puesto á Justiniano, y á nosotros con él, en la necesidad de anticipar casi todas las doctrinas que contiene: de suerte que limitarémos nuestro trabajo á resumir lo que en diferentes lugares hemos tenido precision de exponer.

1.° QUÉ SE ENTIENDE POR CAPITIS-DIMINUCION: CUÁNDO EXISTE.

§ inicial. *Est autem capitis deminutio prioris status commutatio.*

Defínese aquí la capitis-diminucion *cambio de un estado anterior*. Tal fué siempre el concepto que de ella tuvieron los jurisconsultos romanos; y así la definieron Gayo (1), Paulo (2) y Ulpiano (3). Ninguno de ellos exige que el nuevo estado sea inferior, ó minore la capacidad jurídica, para que haya capitis-diminucion; ántes por el contrario, podía suceder que en ciertos casos la aumentase, como sucedía cuando un hijo de familia se hacía *sui juris* (4).

(1) I, 159; y D., IV, 5, 1.
(2) D., IV, 1, 2.
(3) D., IV, 4, 9, § 4.
(4) La causa por la cual los romanos denominaron *capitis-diminucion* al *cambio de estado* es objeto de varias conjeturas. En general se cree que *caput* significaba la inscripcion que en el antiguo censo se hacía de cada ciudadano; que cuando alguno dejaba de figurar en la clase de libres, ciudadanos ó miembros de cierta familia, sufria esta clase la *diminucion* de uno de sus individuos; y que por una trasposicion se aplicó al individuo el calificativo que originariamente se aplicaba á la clase. Para otros, *caput* es sinónimo de *estado jurídico*, como lo

Segun este principio, para que hubiera capitis-diminucion era necesario: 1.º que el sugeto de quien se tratase tuviera un *estado jurídico*; 2. que ocurriese un cambio en ese *estado*, bien fuera ventajoso ó desfavorable. De aquí, que no sufre capitis diminucion el esclavo á quien se manumite, porque no tenía *estado*, como nos dice el

§ 4. *Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.*

Ni el que pierde solamente una dignidad, por elevada que sea; pues la dignidad no constituye un *estado jurídico*, como declara el

§ 5. *Quibus autem dignitas magis, quam status, permutatur, capite non minuuntur: et ideo senatu motum capite non minui constat.*

2.º Clases de capitis-diminucion: casos en que tiene lugar cada una de ellas.

§ inicial (conclusion), *Eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima.*

Consistiendo la capitis-diminucion en el cambio de un *estado*, infiérese naturalmente que habría tantas clases de capitis-diminucion, cuantos eran los *estados jurídicos* en los cuales podía verificarse aquel cambio; y siendo tres los *estados*, libertad, ciudad y familia, resultan tres clases de capitis-diminucion. El cambio en el *estado de libertad* constituía la capitis-diminucion *maxima*; en el de *ciudad*, la *media* ó *minor*; y en el de *familia*, la *mínima*.

Hé aquí los términos en que Paulo consigna esta doctrina del modo más explícito: *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima: tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum verò amittimus civitatem, libertatem retinemus; mediam esse capitis deminutionem: cum*

prueban los textos que definen la capitis-diminucion *cambio de estado*. Nos inclinamos, sin embargo, á la opinion de los que creen que en el lenguaje romano, la cabeza, *caput*, era el símbolo de la personalidad jurídica, y con la frase *capitis-deminutio* quería significarse que había sufrido una alteracion la capacidad jurídica de la persona; por eso dice Paulo: *Servile caput nullum jus habet: ideo nec minui potest* (D., IV, 5, 3, § 1): así tambien se decía que la tutela recaía *in capite libero*.

et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur; minimam esse capitis deminutionem constat (1).

Obsérvese bien que la locucion empleada por el jurisconsulto cuando habla de la capitis-diminucion máxima y media es muy diferente de la que usa cuando trata de la mínima. En efecto, el cambio único que puede ocurrir en el *estado de libertad* es perderla, porque no hay más que una libertad jurídica, no hay término medio entre ser libre ó esclavo; por esto el cambio en el estado de libertad es hacerse esclavo, y, como resultado indispensable, *perder* al propio tiempo la ciudadanía y la familia, *amittimus*. Lo mismo sucede con el *estado de ciudad*: tampoco hay término medio entre ser ciudadano ó extranjero: ó no ha de ocurrir cambio en este estado, ó ha de resultar que el ciudadano se haga extranjero, *perdiendo* con la ciudadanía la familia, por más que conserve la libertad; *amittimus*. Viceversa en el estado de familia puede haber muchos cambios, porque hay muchas familias; pero ninguno de ellos lleva consigo la *pérdida absoluta* de los derechos inherentes al estado de familia, porque, si sale de una, entra en otra ó constituye una nueva: *familia tantum mutatur*. Por eso no definieron la capitis-diminucion *pérdida de un estado*, sino *cambio de estado*.

Veamos ahora los casos en que tenía lugar cada una de ellas.

Capitis-diminucion máxima.

§ 1. *Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. Quod accidit in his, qui servis pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ, vel liberti, ut ingrati circa patronos condemnati* (2), *vel qui ad pretium participandum se venundari passi sunt.*

La capitis-diminucion máxima, que segun hemos dicho consiste en perder la libertad y con ella la ciudad y la familia, tiene lugar siempre que el ciudadano libre se hace esclavo; lo cual acontece, dice el texto, ó por pena, ó por ingratitud para con el patrono, ó por venderse fraudulentamente como esclavo. En el Título III hemos hablado suficientemente de todos estos casos. Debemos sólo recordar que, segun lo resuelto por Justiniano con posterioridad á las Instituciones, ninguna pena llevaba consigo la esclavitud. Nótese tambien

(1) D., IV, 5, 11.—En algun pasaje comprenden los jurisconsultos bajo la denominacion de *magna* tanto la capitis-diminucion *maxima* como la *media*, y entónces califican de *minor* á la *minima* (D., XXXVIII, 16, 1, § 4 y L. 13, 5, § 3.)

(2) C. *libertis condemnatis.*

que aquí no se menciona la cautividad ni el nacimiento como casos de capitis-diminucion máxima; porque ni el enemigo hecho prisionero, ni el nacido de esclava, podían *perder* la ciudadanía romana que jamás les había reconocido el Derecho: comenzaban su vida en Roma siendo ya esclavos. Más reparable es que no haga mérito del caso en que un ciudadano romano caía en poder de los enemigos; pero se explica fácilmente la omision, teniendo presente que el cautiverio de un ciudadano únicamente *suspendía*, pero no le hacía *perder* sus derechos, que recobraba tan luégo como volvía al territorio romano (1).

Capitis-diminucion media.

§ 2. *Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, Quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.*

Ya notamos en el número 3.° del Tít. XII, que en tiempo de Justiniano se había sustituido la antigua interdiccion del agua y del fuego con la deportacion, y sin embargo, el Emperador mencionaba en algun pasaje aquella pena, como sucede en este párrafo.

El deportado sufría la capitis-diminucion media, porque perdía la ciudadanía y por consiguiente la familia; pero conservaba el estado de libertad, que le autorizaba para todos los actos que fueran del *derecho de gentes*; como celebrar contratos (2).

Capitis-diminucion mínima.

§ 3. *Minima capitis deminutio est, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. Quod accidit in his, qui, cum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra.*

Reducíase la capitis-disminucion mínima al cambio en el *estado de familia*, pero conservando la libertad y la ciudadanía.

Segun el párrafo, podía esto acontecer en dos casos; mas en realidad son tres:

1.° Cuando un *sui juris* se hace *alieni juris*, mediante la

(1) N.° 3.° del Título XII.

(2) D., XLVIII, 22, 15.—No debe confundirse la *deportacion* con la *relegacion* ó *destierro*, que consistía ó en la prohibicion de residir en ciertos lugares, ó en la obligacion de permanecer en lugar determinado, aunque fuera una isla (D., XLVIII, 22, 5, 7 y 14). Esta última pena no llevaba consigo la pérdida de la ciudad ni de la familia (D., XLVIII, 22, 4 y 18).

arrogacion ó la *legitimacion*, en tiempo de Justiniano; y antiguamente cuando una mujer, libre de la patria potestad, se constituia *in manu*, ó una persona *sui juris in mancipio* (1).

2.° Cuando un *alieni juris* se hacia *sui juris*, cual sucede en el hijo de familias cuando su padre natural ó adoptivo le emancipa; pero si llega á ser *sui juris* por ministerio de la ley, no se considera capite-minuido, y conserva todos sus derechos en la familia de que sale (2). Primitivamente se hallaban tambien en este caso aquellos á quienes se libertaba de la *manus* ó del *mancipium* (3).

3.° Cuando un *alieni juris* pasa en el mismo concepto á otra familia, lo cual acontecia al descendiente dado en adopcion plena y á los hijos del que se da en arrogacion (4). Antes de Justiniano sucedía lo mismo en toda adopcion, y siempre que el sometido á patria potestad se constituia *in manu* ó *in mancipio*, ó volvia de estos poderes á la patria pátestad (5).

3.° Influencia que respectivamente ejercen sobre la agnacion y la cognacion.

§ 6. *Quod autem dictum est, manere cognationis jus et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si maxima capitis deminutio incurrat (6), jus quoque cognationis periit, ut puta servitute alicujus cognati, et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed etsi in insulam deportatus quis sit, cognatio solvitur.*

Hé aquí todo el motivo que tuvieron los redactores de las Instituciones para colocar en este lugar el tratado de capitis-diminucion; la influencia que ejercía sobre la agnacion, base de la tutela legítima más frecuente, porque se refería á los ingenuos. Pero teniendo en cuenta que aquella base fué cambiada por la Novela CXVIII, se comprenderá la ninguna importancia especial que tiene la capitis-diminucion para la tutela; y que, si conserva su primitiva colocacion, es porque no se revisaron las Instituciones despues de las reformas de Justiniano. Veamos, sin embargo, su doctrina.

Recordando el Emperador que en el § 3 del Título anterior

(1) Gayo, I, 162; III, 82 y 83. — Ulp., XI, 13.
(2) Nov. LXXXI, cap. 2.
(3) Gayo, I, 162.
(4) D., IV, 5, 3, pr.
(5) Gayo. I, 162.—Ulp., XI, 13
(6) C. *currat.*

habia consignado que la agnacion se disolvia por toda clase de capitis diminucion, y no siempre la cognacion, nos explica ahora lo que entónces quiso dar á entender, diciéndonos: Que la *cognacion* se extingue por la capitis-diminucion máxima y media; pero nó por la mínima. Con más acierto Gayo habia dicho en términos absolutos: «El *derecho de agnacion* se extingue por la capitis-diminucion; pero *el de cognacion* no se cambia por la capitis-diminucion; porque una consideracion social puede hacer que se destruya lo que la sociedad ha creado, mas nó las creaciones de la naturaleza (1).» Ya dijimos en el Título precedente que el legislador tenía poder para extinguir tanto los *derechos* como el *vínculo mismo de la agnacion*, porque todo ello es obra suya; al paso que el *vínculo de* la *cognacion* es indisoluble, y el legislador únicamente podía declarar los derechos más ó ménos ámplios que ha de llevar consigo. En virtud, pues, de sus atribuciones, el legislador romano privó para siempre del derecho familiar de sucesion al cognado que hubiera sufrido la capitis-diminucion máxima ó media; y por el contrario, le llamaba á heredar cuando sólo hubiera sufrido la mínima (2). Quizá esta consideracion pudo alucinar á Triboniano para escribir, separándose de Gayo, que la capitis-diminucion máxima y media rompian la cognacion: doctrina que seguramente no consignára si hubiera reflexionado que el pariente, despues de recobrada la libertad ó la ciudad, se hallaría tan incapacitado para contraer matrimonio con sus parientes inmediatos como ántes de sufrir la capitis-diminucion.

Resumamos. Por la capitis-diminucion *máxima* y *media* se extingue el *vínculo de la agnacion* y los *derechos familiares y no familiares* que tanto ésta como la *cognacion* producen; mas no se rompe el *vínculo de la cognacion*: por la *mínima*, se pierden tambien los *derechos de la agnacion*, si bien nó los de *cognacion;* pero como la Novela CXVIII declara á la cognacion los mismos derechos que á la agnacion, resulta en definitiva que la capitis-diminucion mínima no ejerce influencia alguna en los derechos familiares, y por consiguiente en la tutela, á no tratarse de un individuo adoptado que, cambiando de familia, pierde la agnacion, único vínculo que le unía á la adoptiva.

De los efectos que produce la capitis-diminucion referentes á los derechos personales del capite-minuido, á la subsistencia de los actos que hubiera practicado con anterioridad, y á

(1) Gayo, I, 158.
(2) D., XXXVIII, 8, 5; y 17, 1, § 4 y 8.

las relaciones jurídicas que tuviera con terceras personas, nos ocuparémos en sus respectivos lugares.

Las Instituciones terminan este Título con un párrafo cuya doctrina hubimos de anticipar en el núm. 5.º del anterior, porque se refiere al órden con que la ley llamaba á los agnados á la tutela : resta sólo que conozcamos sus palabras textuales:

§ 7. *Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt, vel si ejusdem gradus sint, ad omnes* (1).

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

Orígen y fundamento de esta tutela : quiénes y por qué órden venían á ejercerla.

§ único. *Ex eadem lege duodecim Tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur; non quia nominatim ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso, quo* (2) *hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere (cum et agnatos, quos ad hereditatem vocat eosdem et tutores esse jussit); quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus* PLERUMQUE, *quia, si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius erit* (3) *tutor.*

La ley *Ælia Sentia* exigió que para manumitir á un esclavo, menor de treinta años, hubiera justa causa y se practicase el acto por *vindicta;* pero no prohibió en absoluto este género de manumisiones. Fué, pues, en todo tiempo permitido, con más ó ménos restricciones, dar libertad á los siervos, cualquiera que fuese su edad. Ahora bien, un esclavo impúbero, miéntras se hallaba sometido al dominio de su señor, no necesitaba ni podía recibir tutor, como sucedía al hijo de familias miéntras se encontraba sujeto á la patria po-

(1) C. addit *veluti si plures fratres sunt qui unum gradum obtinet, ideoque pariter ad tutelam vocantur.*
(2) C. *quod.*
(3) C. *sit.*

testad; pero tan luego como por la manumision se hacía *sui juris*, *caput liberum*, estaba en el mismo caso que los demas ciudadanos impúberos: la ley debía dispensarle *asistencia tutelar*. El pupilo huérfano, que no había sido esclavo, encontraba un tutor testamentario ó un tutor agnado; mas el que salía de la esclavitud, carecía de agnados, y no podía tener tutor testamentario, porque nadie estaba facultado para dárselo á un esclavo. La jurisprudencia se encargó de llenar este vacío, fundándose, ya que no en las palabras mismas de las XII Tablas, en su espíritu; porque, si llamaban al patrono y sus hijos á la sucesion del liberto, debían entenderse llamados tambien á su tutela, aunque no lo hubieran expresado terminantemente, como lo habían hecho con los agnados respecto á los impúberos ingénuos, supuesto que había idéntica razon. Por esto Justiniano en el presente Título afirma con Gayo (1) y Ulpiano (2) que pertenece á los patronos y sus hijos la tutela de los libertos *ex eadem lege duodecim Tabularum*; y en su consecuencia merece el calificativo de *legítima*.

Veamos quiénes y por qué órden venían á desempeñarla. Ulpiano suministra curiosos detalles acerca de este particular, que resumirémos:

1.° Correspondía en primer término al que había realizado la manumision, ya lo hiciera espontáneamente, ya en cumplimiento de un fideicomiso ó de una condicion bajo la cual hubiese comprado al esclavo.

2.° En el caso de haberle manumitido varios condueños, todos eran tutores á la vez; y si alguno de ellos moría ó sufría capitis-diminucion, la tutela se refundía en los demás, sin pasar á los hijos de aquél.

3.° Cuando faltaba todo patrono por muerte ó capitis-diminucion, venían sus descendientes; y si quedaban hijos de unos y nietos de otros, pertenecía sólo á los hijos con exclusion de los nietos; pero si el patrono se excusaba ó era removido, tenía lugar la tutela dativa.

4.° Eran llamados en primer término los descendientes de aquel que hubiese concedido la libertad: 1.° Cuando el testador la otorgó directamente en su última voluntad: este liberto *orcino* carecía de patrono que pudiera ser tutor, y por eso venían á serlo los hijos del testador. 2.° Cuando la persona á quien se había encomendado realizar la manumision trataba de eludir el encargo; en cuyo caso el magistrado declaraba la libertad con arreglo al senado-consulto *Rubriano*, y los hi-

(1) I, 165. (2) D., XXVI, 4, 1, 3 y 5.

jos del que había ordenado manumitir se encargaban de la tutela.

5.° Nunca la desempeñaba una mujer, aunque ella misma hubiera manumitido ó se le asignára por el ascendiente el derecho de patronato sobre el liberto : en el primer caso, había lugar á la tutela *dativa* ; en el segundo, correspondía á los hermanos varones de la que ejercía el derecho de patronato (1).

TÍTULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES.

§ único. *Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quæ et ipsa legitima vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.*

Ni este Título que confiere al ascendiente, en calidad de *emancipador*, la tutela del impúbero á quien emancipó, ni el siguiente que, cuando falta el emancipador, la confiere á sus hijos, figurarían en las Instituciones si éstas se hubieran redactado con posterioridad á la Novela CXVIII. Cuando se escribieron las Instituciones, no bastaba ser padre ó hermano del impúbero emancipado para reclamar su tutela ; porque los derechos de familia pertenecían exclusivamente á los agnados, y el padre y los hermanos del impúbero *sui juris* ya no eran agnados de éste : necesitaban tener otro carácter distinto del parentesco si habían de ser tutores. Este carácter lo ha indicado Justiniano en otro lugar (2) ; pero por no recordarle ahora, resulta oscuro el texto, pues no manifiesta en qué consiste la semejanza entre el ascendiente que emancipa al descendiente y el dueño que manumite á su esclavo, para que se otorgase al primero la tutela legítima sobre el emancipado á imitacion de la que correspondía al segundo sobre el manumitido, *exemplo patronorum*. Hagámoslo nosotros sucintamente.

No habiendo establecido las XII Tablas un medio especial para emancipar á los descendientes, se apeló al rodeo de la *mancipatio* por una ó tres veces. Del *mancipium* en que se constituía el descendiente, le libertaba por la *vindicta*, unas veces el comprador y otras el ascendiente, segun el pacto que hubiera mediado; y al que de esta manera daba libertad al

(1) D., XXVI, 4, 1 y 3. (2) Título XII, § 6.

impúbero le correspondía ser su tutor en concepto de *patrono*, como al dueño que manumitía á su esclavo. Llamóse *fiduciaria* esta tutela, por la clausula de *fiducia* ó confianza, en la cual se estipulaba con el comprador, ora que le daría él mismo la libertad, de *emancipando*, ora que volvería á venderle al ascendiente para dársela éste, de *remancipando*. No pudo denominarse *legítima*, porque las XII Tablas ni siquiera habían previsto el procedimiento que la ocasionaba; y sin embargo, cuando era el ascendiente quien libertaba del *mancipium* al impúbero, tomó el nombre de *legítima* por consideracion á su carácter (1).

Nada de esto tenía lugar en los últimos tiempos. La *mancipatio* no se usaba: ya no podía existir mancipador extraño; Anastasio permitió la emancipacion por medio de un rescripto imperial: Justiniano la simplificó más todavía, reduciendo su forma á una simple comparecencia y declaracion ante el magistrado: y sin embargo, persiste en atribuir al ascendiente emancipante el carácter de *patrono*, que ya no tiene razon de ser, en lugar de restituirle el que la naturaleza le ha dado (2).

Por último, dictada la Novela CXVIII, es título suficiente para desempeñar la tutela legitima el parentesco natural por el órden con que los parientes son llamados á la sucesion; si bien el padre debe conservar, entre todos los que con él vienen á suceder, la supremacía que inalterablemente se le reconoció en toda época, bajo todos los sistemas, y de que no le priva la citada Novela.

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§ único. *Est et alia tutela quæ fiduciaria appellatur. Nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam; quo defuncto, si liberi virilis sexus* (3) *extant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores: quoniam filius quidem defuncti si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficere-*

(1) Esto no era indiferente cuando se trataba de la tutela de una mujer; porque al tutor *legítimo* se le otorgaron distintas facultades que al *fiduciario*, ya para ceder la tutela, ya para intervenir en el testamento y contratos de la encomendada á su cuidado. (Gayo, I, 172 y 192; II, 122.)

(2) *Inst.*, I, 12, § 6.—C. VIII, 49, 6. (3) C. *et extant*.

tur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam; libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset.

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ ætatis sint (1). *Quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari præcepit.*

Acabamos de ver que la tutela del impúbero emancipado correspondía al ascendiente emancipador bajo el concepto de *patrono*, porque se le equiparaba al dueño que había manumitido á su esclavo; ya que tenía derecho de suceder al descendiente emancipado, como el dueño al manumitido. Continuando la analogía, se equipararon los descendientes del manumisor á los descendientes del que había dado la libertad; puesto que si éstos podían reclamar la herencia del manumitido á falta del manumisor, aquéllos podían reclamar la del emancipado cuando faltase el emancipador.

Para determinar más la diferencia entre ambas tutelas, podemos llamar á la del Título anterior, tutela de los *ascendientes emancipadores*; y á la del Título actual, tutela de los *descendientes de los ascendientes emancipadores.*

Explicada ya la primera, harémos sobre la segunda breves observaciones para que se comprenda su organizacion, así ántes como despues de la Novela CXVIII.

1.ª No era seguro que á falta del ascendiente emancipador, viniesen sus descendientes á sustituir en la tutela; porque aquél podía haber nombrado en su testamento tutor para el impúbero emancipado, como ya sabemos; y la tutela testamentaria es preferida á la legítima.

2.ª En defecto del tutor testamentario, reemplazaban en el ejercicio de la tutela al emancipador sus descendientes. Así, cuando el padre había emancipado á uno de sus hijos, á la muerte del padre, serían tutores los hermanos del impúbero no emancipados; si el abuelo había emancipado á un nieto, reteniendo en potestad al hijo, éste vendría á ser tutor de su própio hijo cuando faltase el abuelo.

3.ª Pero, aunque en general sean llamados á esta tutela los descendientes del emancipador, no debemos creer que todos ellos vendrían simultáneamente á desempeñarla, prescindiendo del lazo más ó ménos estrecho que les ligase con el pupilo. Si en la de los libertos sucedían á la vez todos los hijos del patrono y excluían á los nietos, era porque ninguno de

(1) C. *sunt.*

ellos había sido agnado próximo ni remoto del liberto; pero en nuestro caso, los descendientes del emancipado habían sido agnados del impúbero ántes de emanciparse, y era natural que para venir á la tutela se llamase preferentemente á los que fueron sus agnados más próximos. No encontramos ley que declare terminantemente esta preferencia; pero la presuponen: así, el párrafo dice que, muerto el emancidador, los descendientes de éste serán tutores de sus hijos, de sus hermanos y de los demas, sin que con el padre admitan á su hermano á pesar de ser hijo tambien del emancipador; ni con los hermanos del impúbero, aunque sean nietos del emancipador, á sus tios, por más que éstos fueran hijos del que emancipó. En el mismo sentido se expresa Modestino: continuando el pasaje de Ulpiano que reconoce la tutela legítima en el ascendiente emancipador, dice el jurisconsulto: «Muerto éste, si quedan *descendientes* de edad perfecta, son tutores fiduciarios de su hermano ó hermana (1).»

4.ª Justiniano, por la Novela CXVIII, llama para ejercer la tutela á los parientes por el órden mismo en que los llama á la sucesion, y á ésta son llamados los hermanos á la vez que los padres del difunto: ¿se entenderá que del nieto impúbero, emancipado por el abuelo, serán tutores simultáneamente su padre y hermanos? Por más que el Emperador no se ocupa de este caso, parécenos evidente la preferencia exclusiva del padre sobre los hermanos cuando terminantemente se la otorga á la madre; de manera que su silencio respecto del padre procede, á nuestro ver, ó de no haberlo tenido presente, ó de haber considerado ocioso resolverla.

5.ª El nombre de *fiduciaria* dado á esta tutela no proviene de que el emancipado se hubiera hecho *sui juris* á la muerte del emancipador, cuando el esclavo hubiera recaido en potestad á la muerte del dueño si no se le hubiese manumitido, como dice el texto; porque cuando el abuelo emancipa al nieto, viene á desempeñar la tutela el padre, bajo cuyo poder hubiera recaido el impúbero á no haber sido emancipado, y sin embargo se la denomina fiduciaria. La verdadera razon consiste en que sólo se llamaron legítimas las tutelas fundadas en el texto ó interpretacion de las XII Tablas; en cuyo número no podía contarse la ocasionada por la emancipacion, que ni siquiera había previsto el Código decemviral; y únicamente por deferencia se denominó *legítima* cuando personalmente la ejercía el mismo emancipador.

(1) D., XXVI, 4. 4.

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL QUE SE DABA EN VIRTUD DE LA LEY JULIA Y TITIA.

1.° Cuándo tiene lugar la tutela dativa.—2.° Diferentes magistrados que pudieron nombrar tutor hasta la época de Justiniano.—3.° Quiénes pueden nombrarle segun las disposiciones de este Emperador.—4.° Cómo debe hacerse el nombramiento.

1.° CUÁNDO TIENE LUGAR LA TUTELA DATIVA (1).

Las Instituciones no se proponen determinar los casos en que la autoridad pública confería la tutela, sino dar una idea de los diferentes magistrados á quienes incumbió proveer de tutor; y por esta razon sólo mencionan incidentalmente en los tres primeros párrafos algunos de aquellos casos, como verémos. Nosotros los resumimos en el núm. 3.° del título XIII, al tratar de la preferencia respectiva entre las tres clases de tutelas; y ahora los recordarémos para explicarlos ligerísimamente y completar el texto.

El nombramiento hecho por el magistrado era unas veces definitivo y otras provisional.

Nombraba definitivamente tutor:

1.° Cuando el impúbero carecía de todo tutor, así testamentario como legítimo, *si cui nullus omnino tutor fuerat*, segun dirá el § inicial.

2.° Cuando, habiendo varios tutores testamentarios, alguno de ellos moría ó perdía el derecho de ciudad; ya que el testador no había querido confiar el cargo á uno solo, y los tutores legítimos no podían funcionar á la vez que los testamentarios, como no era posible mezclar la sucesion testamentaria con la legítima (2).

3.° Cuando los tutores testamentarios ó legítimos se excusaban ó eran removidos; porque no se decretaba su separacion para admitir á los legítimos, sino para nombrar á otros en lugar de los separados (3).

Nombraba tutor provisionalmente:

(1) Llamamos *dativa* á la tutela deferida por los magistrados, para acomodarnos al lenguaje comun de los autores; pero los romanos denominaron tutor *dativo* al nombrado en testamento (Gayo, I, 154.—Ulpiano, *Reglas*, XI, § 14), *Atilianus* al dado en virtud de la ley *Atilia* (Gayo, I, 185.—Ulpiano, *Reglas*, XI, § 18), y *Julio-Titianus*, segun Teófilo, al que se daba en virtud de la ley Julia y Titia.

(2) D., XXVI, 2, 11, § 4.

(3) Gayo, I, 182.—D., XXVI, 2, 11, § 1 y 2; y 4, 3, § 8.

1.° Cuando el tutor testamentario habia sido nombrado bajo condicion ó desde cierto dia, ó áun cuando su nombramiento fuera puro, miéntras la herencia no era adida, como dice el § 1.° Si la condicion se cumplia, llegaba el plazo señalado, ó la adicion tenia lugar, cesaba el tutor dativo y venia el testamentario: si la condicion no se realizaba, ó faltaba el nombrado ántes de llegar el dia prefijado, ó el testamento decaia por falta de adicion, cesaba el dativo y tenia lugar la tutela legítima.

2.° Cuando el tutor testamentario era furioso ó menor de veinticinco años, como nos dijo en el § 2 del Título XIV. Casos en que tiene aplicacion exacta lo que acabamos de exponer; pues el nombramiento del furioso se entiende condicional, *cum suæ mentis esse cœperit*; y el de menor, á dia cierto. desde que cumpla el nombrado la mayoría de edad.

3.° Cuando el tutor testamentario ó legítimo caia prisionero, segun expresa el § 2, ó se ausentaba por causa de la república (1), venia á desempeñar la tutela el dativo hasta que regresase el tutor que se hallaba en ejercicio. Lo mismo sucedia antiguamente cuando se suscitaba un pleito entre el tutor y el pupilo; pero en los últimos tiempos ya no se nombraba para este caso un tutor por el magistrado, sino un curador interino, como verémos (2).

2.° Diferentes magistrados que pudieron nombrar tutor hasta la época de Justiniano.

§ inicial. *Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem Roma a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis, tutor ex lege Atilia, in provinciis vero á præsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.*

§ 1.° *Sed et, si testamento tutor sub conditione, aut die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor dari poterat. Item si pure datus fuerat, quamdiu nemo ex testamento heres existat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat tutor esse, si conditio extiterit* (3)*, aut dies venerit, aut heres extiterit.*

§ 2. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur. qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat: nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.*

§ 3. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam*

(1) D., XXVII, 3, 9, pr.
(2) Gayo, 1, 184.—*Inst.*, I, 21, § 3.
(3) C. *existeret... veniret... existeret.*

primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus. Nam suprascriptis (1) *legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavetur (2).*

Forma Justiniano la historia de la tutela dativa en la antigüedad con cuatro párrafos tomados de las Instituciones de Gayo que no se proponían ese objeto (3), y atribuye los cambios ocurridos á motivos que ni son verdaderos ni suficientes: por esto resulta la narracion tan oscura como poco satisfactoria. Procurarémos rehacerla en breves palabras.

El principio de que se partió en esta materia es que la facultad de nombrar tutor no se hallaba comprendida en las atribuciones ordinarias de los magistrados, y únicamente correspondía al que la ley se la hubiera conferido de una manera expresa: *Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis; sed ei solum competit, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel senatusconsultum, vel princeps*, dice Ulpiano (4).

Esto supuesto, la primera ley que aparece confiriendo semejante facultad es la *Atilia* en el siglo V, segun los datos más probables. El Pretor con la mayoría de los tribunos de la plebe (es decir, sin que los tribunos discordantes pudieran interponer su *veto*) quedaron autorizados en virtud de esta ley para nombrar tutor en Roma: 1.º definitivamente, cuando el pupilo no le tuviese ni testamentario ni legítimo; 2.º provisionalmente, cuando el testamentario hubiera sido nombrado bajo condicion, ó á dia, ó miéntras se adía la herencia; 3.º provisionalmente tambien, cuando el testamentario ó legítimo eran hechos prisioneros (5). Puede suponerse que ántes de la ley *Atilia* el Estado no abandonaría al pupilo falto de tutor; mas apénas se comprende posible esta situacion en la antigüedad, durante cuya época vinieran los *gentiles* á ser tutores en defecto de *agnados*. Por el contrario, debieron presentarse cada vez con mayor frecuencia aquellos casos en proporcion que se desorganizaron las *gentes*: y esto nos explica la publicacion de la ley *Atilia*, cuya fecha coincide con la decadencia de la primitiva constitucion familiar.

Los romanos se atenían rigorosamente á las palabras de

(1) C. *supradictis.*
(2) C. *cavebatur.*
(3) Gayo, I, 185, 186, 187 y 200.
(4) D., XXVI, 1, 6, § 2.
(5) § inicial. 1.º y 2.º transcritos, y Gayo, I, 185, 186 y 187.

las leyes; hé aquí las dos consecuencias que esto produjo en la materia que nos ocupa:

1.ª Las crecientes victorias posteriores á la ley *Atilia* iban dando á los romanos posesion de todo el mundo conocido; pero la ley solamente había facultado para nombrar tutores *en Roma*; era, pues, indispensable otra disposicion legal que otorgase igual autorizacion *en las provincias*. Por eso se dictó al comenzar el siglo VIII la ley *Julia* y *Titia* que revistió de la misma facultad y para idénticos casos á los presidentes de las provincias (1).

2.ª Las palabras de ambas leyes no comprendían los casos en que el tutor fuese mudo, sordo ó furioso: eran, pues, necesarias nuevas resoluciones sobre lo que debía hacerse en semejantes circunstancias; tanto más cuanto el ejercicio de la tutela era un derecho que no debía perderse por enfermedad de aquel á quien correspondía. Así vemos que Paulo escribe: *Complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi, et muti, et surdi tutoris, alii tutores dentur* (2). Unase á esta razon el que á la República sucedió el Imperio, experimentando las atribuciones de los antiguos magistrados cuantos cambios juzgaron oportunos los Emperadores, y tendrémos explicado, más satisfactoriamente que en el § 3, cómo vinieron á perder su observancia las leyes *Atilia* y *Julia y Titia*; cómo Claudio trasladó á los Cónsules la dacion del tutor (3), y más tarde Marco Aurelio y Lucio Vero, á un Pretor especial llamado *tutelar* ó *pupilar* (4).

3.° Quiénes pueden nombrar tutor segun las disposiciones de Justiniano.

§ 4. *Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam jurisdictionem, in provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

§ 5. *Nos autem per constitutionem nostram et hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si*

(1) Algunos escritores opinan que la ley *Titia* facultó en el siglo VI á los gobernadores para dar tutor, cuya facultad extendió la ley *Julia* en tiempo de Augusto á las provincias imperiales que de nuevo se crearon, resultando del conjunto de ambas la denominacion *Julia* y *Titia*. No es fácil decidir si desde su origen fué una sola ley ó vino á serlo por la refundicion de dos distintas. Por una parte, los jurisconsultos siempre la mencionan en singular; pero por otra, no deja de ser extraña la conjuncion con que se unen sus dos nombres.

(2) D., XXVI, 1, 17.

(3) Suetonio. *In Claud.*, 23.—Plinio, *Epist.*, XI, 23.—D., XXVI, 3, 1, § 1.

(4) Capitolino, *Marco Aurelio*, 10.

facultas pupilli vel adulti usque ad quingentos (1) *solidos valeat, defensores civitatum (una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel apud* (2) *alias publicas personas), vel magistratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

La diferente organizacion de la magistratura en la capital y en las provincias exigía que fuesen distintos los funcionarios encargados de dar tutor áun en tiempo de Justiniano.

En la capital, Roma, Constantinopla: se conserva vigente el derecho anterior. Por regla general el Pretor tutelar es el encargado de dar tutor; pero cuando los pupilos pertenecen á la clase de *illustres* ó *clarissimi*, corresponde al Prefecto de la ciudad; á esto aluden las palabras *secundum suam jurisdictionem* (3). Por lo demás, no es posible determinar la época desde la cual el Prefecto de la ciudad tendria competencia en esta clase de negocios: por la Historia sabemos que se sobrepone gradualmente á todos los magistrados (4).

En las provincias. Dada la extension de las provincias romanas, no era posible que los Presidentes se ocuparan por sí mismos de dar tutor á cuantos le necesitaban. Los magistrados municipales cuidaban de hacer presente la necesidad en cada caso, proponiendo para desempeñar la tutela persona idónea que el Presidente nombraba en definitiva. Con el fin de obviar dilaciones, gastos y cuestiones acerca de la responsabilidad en el nombramiento, confirió Justiniano la facultad de dar tutor, bajo su responsabilidad, en cada ciudad al defensor ó al magistrado municipal, y en Alejandría, á su juez, *Juridicum*, en union con el Obispo ú otras autoridades si las hubiere, cuando el patrimonio del pupilo no excediera de quinientos sólidos (5).

4.° Cómo debe hacerse el nombramiento.

Para que los pupilos no quedasen abandonados, la ley otorgó facultad á ciertas personas, y á otras impuso la obligacion de pedir y proponer tutor al magistrado. Era permiti-

(1) C. *quinquagentos.*
(2) C. *dees apud.*
(3) Teófilo dice en su paráfrasis que las palabras *segun su jurisdiccion* significan «que hay personas á las cuales el Prefecto y no el Pretor puede dar tutores;» lo cual corrobora el epígrafe y la 1.ª constitucion del Título 33, Libro V del Código.
(4) Para todo lo que á este título se refiere conviene tener presente lo que con respecto á las magistraturas expusimos en la Historia, págs. 153 y 172.
(5) C. I., 4, 30.

do á los cognados, afines y preceptores de los impúberos y á los amigos de sus ascendientes. Era obligatorio, so pena de perder el derecho de heredar al pupilo, á su madre y abuela legítimas ó naturales, y con el tiempo, á todos sus parientes. El liberto sufría un castigo si no cumplía con este deber (1).

El magistrado por su parte debía hacer el nombramiento *prévia inquisicion*, *ex inquisitione*, si era el Prefecto, Pretor ó Presidente; y *bajo fianza*, *legítima cautela*, si eran los magistrados municipales (2). Podian ser nombrados uno ó varios tutores á la vez (3); pero necesitaban ser personas hábiles para ejercer desde luego la tutela; y era nulo el nombramiento hecho bajo condicion ó á plazo, no reputándose condicional aquél en que el magistrado designaba una persona para el caso en que *afianzase*, porque más que imponer una condicion era recordar al tutor un deber sin cuyo cumplimiento no se le permitiría ejercer su cargo (4).

Las Instituciones dan fin á este título con dos párrafos que omitirémos explicar. Proclama el primero una doctrina que ya conocemos. El segundo consigna la obligacion en que se hallan los tutores de rendir cuentas de su administracion; pero como vamos á exponer en seguida esta materia, no es bien que ahora nos ocupemos de lo que constituye precisamente el último de sus extremos. Hé aquí el texto:

§ 6. *Impuberes autem in tutela esse, naturali juri conveniens est, ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.*

§ 7. *Cum igitur pupillorum pupillarumque tutores negotia gerunt, post pubertatem tutelæ judicio rationem* (5) *reddunt.*

(1) D., XXVI, 6, 2 y XXXVIII, 17, 2, § 23 y siguientes.—C. V, 31, y VI, 58, 10.

(2) En el Título XXIV, que se ocupa de las garantías que deben dar los tutores y curadores, verémos el fundamento de la distincion que aquí se establece.

(3) D., XXVI, 5, 23.

(4) D., XXVI, 1, 6, § 1.

(5) C. *rationes*.

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

1.° Deberes del tutor ántes de comenzar á ejercer sus funciones.—2.° Obligaciones del tutor respecto á la persona del pupilo.—3.° Atribuciones y deberes del tutor en la administracion de los bienes del pupilo.—4.° Diversa manera de intervenir el tutor en los negocios del pupilo.—5.° Cuándo queda obligado el pupilo por actos en que no medie la autoridad del tutor (materia especial del Título).—6.° En qué consiste la interposicion de la autoridad del tutor y cuáles son los requisitos con que debe tener lugar.—7.° Relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo, concluida la tutela.—8.° Caso en que existan varios tutores.—9.° Caso en que desempeñe las funciones de tutor quien no lo sea realmente.

En el último párrafo del Título anterior consigna Justiniano que los tutores deben dar cuenta de su administracion ; y en el presente, una de las funciones que al tutor corresponde ejercer miéntras desempeña su cargo, la de interponer su *autoridad* en los actos jurídicos del pupilo. Para completar esta materia, expondrémos sucintamente las disposiciones legales que sancionan los deberes y atribuciones del tutor ántes de comenzar á ejercer sus funciones, durante el ejercicio del cargo, y despues de terminada su mision.

1.° Deberes del tutor ántes de comenzar á ejercer sus funciones.

Tan luego como al tutor consta de cualquiera manera que ha sido nombrado, debe hacer valer la excusa, si la tiene, dentro del plazo legal (1) ó practicar las diligencias que vamos á decir para comenzar sus funciones; bien entendido que su tardanza le hace responsable de todo perjuicio que el pupilo experimente (2).

Aceptado el cargo, debe : 1.° Dar fianzas, si no se halla exento de esta obligacion (3). 2.° Prestar juramento de que administrará con fidelidad (4). 3.° Formalizar inventario judicial de todos los bienes del pupilo (5). Solamente podrá dispensarse de confeccionar inventario cuando para ello median

(1) *Inst.*, I, 25.
(2) D., XXVI, 7, 1, § 1, y 5, § 10.
(3) *Inst.*, I, 24.—C. 1, 4, 27; IV, 70, 7, § 6.
(4) C. I, 4, 27; V, 70, 7, § 5 y 6.—Nov. LXXII, cap. 8,
(5) D. XXVI, 7, 7, pr.—C. V, 37, 24; y 51, 13, § 1.

razones de necesidad ó poderosísimas (1) ó cuando los testadores lo hayan prohibido respecto de los bienes que dejen al pupilo (2); pero áun en estos casos el tutor necesita procurarse un medio de justificar los bienes que recibe para cuando llegue la época de restituirlos. El que por dolo no hace inventario, se constituye en la obligacion de pasar por lo que el pupilo declare bajo juramento que valía su patrimonio (3).

El tutor que descuida el cumplimiento de estos deberes, puede ser destituido de la tutela y penado segun su falta y la causa de que proceda (4). Por otra parte, miéntras no queden ultimadas las expresadas diligencias, no puede el tutor mezclarse en la administracion; y será nulo todo cuanto practique, á ménos que se trate de actos que no admitan dilacion (5).

2.º Obligaciones del tutor respecto a la persona del pupilo.

La ley no ha impuesto al tutor el cuidado de dirigir la educacion del pupilo para lo cual podía no tener capacidad necesaria y frecuentemente desconocía las condiciones personales del educando. Considera este punto más del dominio de la moral que del derecho. Al tutor, como tal, sólo corresponde suministrar los recursos materiales que se necesiten.

Corresponde al magistrado designar la persona en cuya compañía ha de vivir, ser alimentado y educado el pupilo segun las circunstancias de cada caso; y aunque deba tomar en cuenta lo que respecto al particular haya consignado en su testamento el padre, podrá prescindir de la voluntad paterna, con acuerdo de los próximos parientes, cuando en ello vea peligro para el huérfano; v. g., si el padre hubiera mandado que el hijo permaneciera en compañía del sustituto. La persona á quien se encomiende el cuidado del pupilo no puede excusarse si es liberto, ascendiente, cognado ó afin del pupilo; y si rehusase este encargo, siendo heredero ó legatario, á quien el testador eligió, pierde su derecho (6). Entre todas las personas debe ser preferida la madre miéntras permanezca viuda (7).

El magistrado tambien determina la cantidad que puede invertirse en los alimentos del huérfano, oyendo al tutor y procurando que no absorba todas las rentas del patrimonio. La suma prefijada deberá rebajarse ó aumentarse á proporcion que se disminuya ó acreciente en lo sucesivo el caudal del pupilo (8). Aunque el magistrado ó el padre hayan señalado

(1) D., XXVI, 7, 7, pr. (2) C. V, 51, 13, § 1. (3) D., XXVI, 7, 7, pr. (4) C. V, 42, 2, y 51, 13, § 1. (5) D., XXVI, 7, 7, pr.—C. V, 42, 3. (6) D., XXVII, 2, 1 y 5.—C. V, 49, 1 y 2. (7) C. V, 49, 1.—Nov. XXII, cap. 33. (8) D. XXVII, 2, 3.

los gastos de alimentos, si el tutor considera que son excesivos, debe, bajo su responsabilidad, hacerlo presente al magistrado para que se regulen de nuevo (1). En el caso de que ni uno ni otro los hubieran marcado, todavía se aprueban los que el tutor haya hecho de buena fe en alimentos y educacion, no siendo desmesurados (2): y para calificarles, no se exige que la remuneracion á los preceptores sea la más exígua, sino la proporcionada á las facultades y condicion social del huérfano (3). Por último, el tutor no tiene obligacion de alimentar con sus propios bienes al pupilo indigente (4).

3.° Atribuciones y deberes del tutor en la administracion de los bienes del pupilo.

Antiguamente, las facultades del tutor fueron amplísimas. La tutela era una *potestas* que, como la *patria*, tenía la mision de criar y proteger al sometido: una *potestas* que, como toda potestad, no tuvo en los primeros siglos otros límites que la moral: y era además un derecho por parte de quien la ejercía para que los bienes *ne dilapidarentur*. Por esto durante mucho tiempo se consideró al tutor con respecto á los bienes del huérfano *domini loco* (5), si bien no podía despojarle de ellos (6). Tenía facultad para enajenarlos (7), siempre que procediese de buena fe (8); para empeñarlos (9); para comprar otros, adquiriendo el pupilo la propiedad áun ignorándolo (10); y para exigir los créditos, librar á los deudores, novar y transigir, siempre que estos actos no encubriesen una donacion (11).

Con el tiempo cambia la tutela de carácter y se reglamenta su administracion. Hé aquí sucintamente la doctrina en la época de Justiniano, resultado de los antiguos y nuevos principios.

El cargo de tutor es gratuito por regla general; pero disfruta remuneracion cuando el que le nombró ó los cotutores, autorizados debidamente, la hayan señalado (12). Solamente

(1) D., XXVII, 2, 2, § 2 y 3.
(2) D., XXVII, 2, 2, pr. y § 1.—C. V, 37, 3, y 50, 2.
(3) D., XXVI, 7, 12, § 3.
(4) D., XXVII, 2, 3, § 6.
(5) D., XXVI, 7, 27; XLVII, 2, 56, § 4.
(6) D., XLI, 4, 7, § 3.
(7) D., XII, 1, 17, § 2.
(8) D., XXVI, 7, 12, § 1.
(9) D., XIII, 7, 16.
(10) D., XLI, 1, 13, § 1.
(11) D., XXVI, 7, 22, y 46, § 7.
(12) D., DXXVI, 7, 33, § 3 y XXVII, 3, 1, § 5 y 6.

puede reintegrarse de lo que haya suplido, con los intereses del capital desde que le invirtió, segun los casos (1).

Acerca de la solicitud con que debe administrar, Ulpiano dice terminantemente que presta el dolo, la culpa y la diligencia que en sus propios negocios; esto es, la culpa leve *in concreto* (2); opinion que parece sancionarse por los emperadores Diocleciano y Maximiano (3). Sin embargo, figura en el Digesto un fragmento de Calistrato, que exige de los tutores y curadores la misma diligencia que un padre de familias pone en sus cosas, ó sea, la culpa leve *in abstracto* (4). Sobre más autorizada, creemos más justa la primera resolucion, atendido que el tutor desempeña su cargo no espontánea sino forzosa y gratuitamente, y no debe obligársele á emplear mayor cuidado en asuntos ajenos que en los propios, á no ser que se hubiera ofrecido espontáneamente (5). Del caso fortuito que no pudo prever, no es responsable (6), ni áun de la culpa leve, y sí sólo de la lata, en la compra de fincas (7) y en haber dejado por cobrar los créditos que despues vienen á ser incobrables (8). En todo caso, el tutor que obra de buena fe no responde, si sus actos dejan de producir al pupilo los resultados ventajosos que se proponía (9).

No satisfechas las leyes con sancionar estos principios generales, regulan, segun los mismos, la conducta del tutor en disposiciones concretas. Extractarémos las más importantes que se refieren á la conservacion del patrimonio, á la enajenacion de los bienes, á la cobranza de los créditos y rentas, y á la inversion de los fondos.

Conservacion del patrimonio. Formado el inventario, debe el tutor poner bajo *tutissima custodia* el metálico y los objetos que no perecen *vetustate temporis* (10). No responde del robo ni de la pérdida del capital entregado á un banquero acreditado (11); pero sí de los frutos que perezcan, aunque sea por fuerza ó incendio, cuando el tutor los conserva en su casa sin haberlos vendido ó depositado en los almacenes destinados al efecto (12). Debe reparar los edificios (13). No puede hacer donaciones (14), ni constituir dote en favor de una hermana del pupilo que sea de distinto padre (15); peró sí dar los alimentos indispensables á la madre y á la hermana del huérfano que los necesiten (16), y hacer los obsequios de

(1) D., XXVII, 4, 3. (2) D., XXVI, 7, 10; XXVII, 3, 1, pr.; L, 17, 23. (3) C. V, 51, 7. (4) D., XXVI, 7, 30, pr. (5) D., XLVI, 2, 53, § 3. (6) C. V, 38, 4. (7) D., XXVI, 7, 7, § 2. (8) C. V, 51, 2. (9) D., XXVII, 4, 1, § 7. (10) C. V, 37, 24. (11) D., XXVI, 7, 50. (12) C. V, 38, 3. (13) C. V, 37, 22. (14) C. V, 37, 16.— D., XXVI, 7, 22 y 46, § 7. (15) D., XXVI, 7, 12, § 3. (16) D., XXVI, 7, 13 § 2; XXVII, 2, 4; y 3, 1, § 2.

costumbre, *solemnia munera*, á los ascendientes ó cognados del mismo (1).

Enajenacion de bienes. Aunque por regla general no pueden ser enajenadas las cosas contra lo que el testador hubiese prescrito (2), corresponde al tutor promover la venta de todos los objetos que se hallen expuestos á perecer (3). Puede vender por su propia autoridad los animales superfluos (4); los frutos, por el justo precio del lugar donde tiene efecto la venta (5); y las cosas que *servando servari non potuerint, quæ tempore depereunt*, siendo responsable el tutor si no lo verifica (6).

Necesita el tutor decreto del magistrado que le autorice para vender los muebles preciosos (7); para enajenar los bienes raíces por venta, permuta, transaccion ó dacion en pago (8), aunque el predio sea comun (9); para enajenar los derechos que el pupilo tenga sobre fincas ajenas, y los constituidos sobre las propias, y renunciar los legados que se le dejen (10). El magistrado por su parte autorizará la enajenacion si media justa causa; v. gr., necesidad de pagar deudas legítimas (11).

Son válidas las enajenaciones sin decreto del magistrado cuando se verifican: 1.° para dividir una cosa comun á instancia del mayor partícipe (12): 2.° por el acreedor á quien se le hipotecó prévio decreto, si bien es más seguro acudir al magistrado (13): 3.° para afianzar en juicio (14) y 4.° para perfeccionar la venta que el anterior poseedor de la finca tenía ya convenida ó comprometida (15).

A excepcion de estos casos, toda enajenacion hecha sin decreto del magistrado ó con decreto obtenido por engaño, es nula; y el pupilo podrá vindicar lo enajenado (16), á no ser que la apruebe despues de cumplir la mayor edad (17), ó

(1) D., XXVI, 7, 12, § 3.
(2) C., IV, 51, 7, y V, 37, 7.
(3) D., XXVI, 7, 5, § 9.
(4) C., V, 37, 22; y 72, 4.
(5) C., V, 37, 28, § 5.
(6) C., V, 37, 22.—D., XXVI, 7, 7, § 1.
(7) C., V, 37, 22.
(8) C., V, 71, 4 y 15.—D. XXVII, 9, 1.
(9) C., V, 71 17.—D., XXVII, 9, 7, pr. y 8, § 2.
(10) D., XXVII, 9, 3, 4 y 5.
(11) C., V, 71, 18.
(12) C., V, 71, 17.—D., XXVII, 9, 1.
(13) D., XXVII, 9, 1 y 7, § 1.
(14) C., V, 37, 28, § 3.
(15) D., XXVII, 9, 5, § 7.
(16) C., V, 71, 4, 11, 15 y 16; y 73, 1, 2 y 3.—D., XXVII, 9, 1, y 5, § 15.
(17) C., II, 46, 2 y V, 74, 1 y 2.

deje trascurrir sin reclamar contra la enajenacion onerosa cinco años despues de la mayor edad ó diez entre presentes y veinte entre ausentes en caso de donacion (1). Pero si el tutor hubiera prescindido del decreto por error y empleado el precio de la enajenacion en pagar á los acreedores del padre del pupilo, ó invertídole en provecho de éste, el comprador podrá oponer la excepcion *doli mali* en caso de que el huérfano reclame (2).

Cobranza de capitales y rentas. El tutor debe encargarse de todos los créditos que tenga el pupilo á su favor, aunque los considere incobrables: si lo son efectivamente, no responde de ellos (3). Es, por el contrario, responsable cuando no hace efectivos por dolo ó culpa lata los créditos cobrables (4). Si el tutor mismo fuera deudor al pupilo, debe pagar oportunamente; y en otro caso, continuarán los réditos estipulados, aunque sean superiores á los que devenguen otros capitales del huérfano. Si fuese acreedor de éste, deberá cobrarse; bien entendido que de no hacerlo, teniendo fondos para ello, cesarán los intereses (5).

No necesita el tutor decreto del magistrado: 1.° Para cobrar las rentas de uno ó dos años, cualquiera que sea su importancia: 2.° Para cobrar las rentas correspondientes á más de dos años cuando no exceden de cien sólidos. Es indispensable decreto: 1.° Para cobrar capitales, cualquiera que sea su importancia: 2.° Para cobrar rentas correspondientes á más de dos años cuando exceden de cien sólidos. Los pagos de las dos últimas clases, verificándose sin decreto, eran nulos: y el deudor podia ser obligado á pagar de nuevo, salvo en aquella parte de que se hubiera aprovechado el pupilo (6).

Colocacion de fondos. El tutor debe colocar los fondos del pupilo, existentes al encargarse de la tutela, en el término de seis meses contados desde que comenzó la administracion (7); y los que ingresen de nuevo en su poder, dentro de los dos meses contados desde el dia en que los reciba (8). Si no lo verifica dentro de estos plazos, responde de los intereses de los capitales (9), á ménos que acredite la imposibilidad de su inversion (10).

(1) C., V, 74, 3.
(2) D., XXVII, 9, 13, § 1.—C., V, 71, 10 y 16.
(3) D., XXVI, 7, 35.
(4) C., V, 51, 2.—D., XXVI, 7, 19.
(5) D., XXVI, 7, 9, § 4 y 5.
(6) C., V, 37, 25 y 27.—*Inst.*, II, 8, § 2.
(7) D., XXVI, 7, 15.
(8) D., XXVI, 7, 7, § 11.
(9) D., XXVI, 7, 15, 49 y 58, § 3 y 4.
(10) C. V, 56, 3. — D., XXVI, 7, 12, § 4.

Los fondos deben colocarse preferentemente en fincas rústicas; y si no hay oportunidad para comprarlas, en préstamos á interes (1).

Siendo considerables, debe depositarlos hasta que realice la compra (2), y entónces no responde de los intereses (3); pero comienza su responsabilidad tan luego como sean suficientes para la adquisicion de la finca (4). En la compra no puede imponerse condicion de que el predio quedará hipotecado hasta que se pague el precio (5).

Segun el derecho de Justiniano, el tutor ya no tiene como ántes la indispensable obligacion de colocar los fondos á préstamo, por los peligros que ofrece; pero, si se decide á prestarlos, debe hacerlo dentro de los dos meses referidos y bajo su riesgo (6).

Si el tutor emplea en sus propios usos los fondos del huérfano, debe pagar el máximo interes legal desde el dia en que los utiliza (7). El mismo interes debe abonar cuando niega tener cantidades en su poder, cuando no las deposita oportunamente y cuando lo exige á los demas deudores del pupilo (8). Pero si tomase prestados los fondos con las debidas formalidades, cumple con pagar, como cualquier otro extraño, los intereses que comunmente rindan los capitales en la provincia (9).

4.° Diversa manera de intervenir el tutor en los negocios del pupilo.

Desde luego, el tutor no podía obrar en representacion del pupilo; porque, segun los antiguos principios romanos, nadie puede representar á otro en los actos jurídicos (10). Necesitaba, pues, ó concluir por sí solo el acto jurídico, presciudiendo del pupilo, aunque por cuenta de éste, *negotia gerit*, ó autorizar el acto que el pupilo practicase, *auctoritatem interponit*. Por eso dice Ulpiano: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt* (11). Los resultados de cada uno de estos procedimientos eran muy diversos.

En el primer caso, si el tutor verifica por sí solo el acto,

(1) C. V, 37, 24.
(2) D., XXVI, 7, 5, pr.
(3) D., XXVI, 7, 7, § 7.
(4) D., XXVI, 7, 7, § 3.
(5) D., XXVII, 9, 1, § 4.
(6) Novela LXXII, cap. 6.
(7) D, XXVI, 7, 7, § 4 y 11. —C. V, 56, 1.
(8) D., XXVI, 7, 7, § 10 y 12.
(9) D., XXVI, 7, 54 y 46, § 2.
(10) *Inst.*, IV, 10, pr. — D., V, 2, 8, pr.; VII, 6, 5, pr.; L, 17, 123.
(11) *Fragmentos*, XI, § 25.

las relaciones jurídicas que produce se establecen directamente entre la persona del tutor y la de aquél con quien lo ha celebrado (1); pero como quiera que el tutor había obrado en consideracion al pupilo, sobre éste recaian definitivamente las consecuencias del acto, mediante la cesion de las acciones que el tutor le hacía si resultaba acreedor, ó debiendo indemnizar al tutor si resultaba deudor. Aun en el último estado del derecho se establecen acciones útiles entre el pupilo y la persona con quien el tutor ha verificado el acto; de suerte que ya no sólo puede perseguir ó ser perseguido el tutor en virtud de la accion directa que el hecho produce, sino tambien el pupilo en virtud de acciones útiles (2).

Viceversa, cuando el acto no ha sido verificado por el tutor sino por el pupilo mismo, y el tutor se limita á interponer su autoridad, las relaciones jurídicas que del hecho resultan se establecen directamente entre el pupilo y la persona con quien lo ha celebrado: el tutor permanece extraño, salva su responsabilidad si debió no aprobar el negocio.

Téngase presente, sin embargo, que en ambos casos podrá invocar el pupilo el beneficio de restitucion *in integrum* cuando medien las circunstancias que oportunamente se expresarán (3).

Por regla general dependía del arbitrio del tutor intervenir de uno ú otro modo (4); mas la edad del pupilo y la naturaleza del negocio no le permitian siempre la eleccion, como vamos á ver.

Ya sabemos (pág. 37) que durante el período de la infancia se consideraba al niño destituido de toda inteligencia, *nullum intellectum habet*; luego miéntras no cumpliese los siete años, ninguna intervencion podía tener en sus negocios, y el tutor debía hacerlo todo, *negotia gerebat* (5). Lo mismo sucedia cuando el pupilo se encontraba ausente. Desde que cumplia los siete años, ya se reputaba con alguna inteligencia, si bien no con discernimiento, *aliquem intellectum habet sed non animi judicium*: luego, estando presente, ya era posible que practicase actos jurídicos, supuesto que había conocimiento; pero como éste no era bastante para apreciar los resultados, el tutor suplía con su intervencion la falta de discernimiento, *auctoritatem præstabat* (6). Ahora bien, si todos los actos ju-

(1) D., XIII, 5, 5, § 7 y 8; XXVI, 7, 9, pr.; XLVI, 4, 13, § 10.
(2) D., XXVI, 7, 2, pr. y 9, pr.; id. 9, 6 y 7. — C. V, 39, 1 y 5.
(3) D., IV, 1 y 4. — C. V, 25.
(4) D., XXVI, 7, 1.
(5) *Inst.*, III, 20, § 10.
(6) D., XXVI, 7, 1 y 2.

rídicos hubieran podido practicarse indistintamente por el tutor ó por el pupilo, la cuestion quedaba resuelta; pero había ciertos actos que exigían la precisa intervencion del mismo interesado (*Historia*, página 135), y cuando éste era un infante se hacían imposibles, porque ni podía practicarlos el menor de siete años por carecer de toda inteligencia, ni su tutor porque eran personalísimos: á medida que el rigor de las formas se mitigó, pudo ya el tutor gestionar áun en estos últimos asuntos (1).

Con estos antecedentes, fácil nos será entender cuanto nos dicen las Instituciones acerca de la autoridad de los tutores, único extremo á que se concreta el Título.

5.° CUÁNDO QUEDA OBLIGADO EL PUPILO POR ACTOS EN QUE NO MEDIE LA AUTORIDAD DEL TUTOR. (Materia especial del Título.)

§ inicial. *Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipuletur* (2), *non est necessaria tutoris auctoritas, quod si aliis pupilli promittant, necessaria est; namque placuit, meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore* (3). *Unde in his causis, ex quibus mutuæ obligationes nascuntur, in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.*

§ 1. *Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, neque ullum damnum habeat.*

Como se ve por los dos párrafos trascritos, las Instituciones se limitan á decirnos que en unas ocasiones se necesitaba autoridad del tutor, y en otras nó; y á continuacion expresan, como por vía de ejemplo, lo que sucede en los contratos y herencias. En otros Títulos, señaladamente en el 8.° del Libro II, explican nuevos casos; pero para dar unidad á esta doctrina, expondrémos ante todo los principios que la sirven de base; reseñarémos en seguida las consecuencias más notables que de los mismos dedujeron; y por último, verémos que los textos copiados y los que en lo sucesivo irán

(1) C. VI, 30, 18, § 2 y 4. (2) C *stipulatur*. (3) C. *tutoris auctoritate*.

apareciendo, son únicamente disposiciones parciales que responden á un sistema general.

Los principios de que se parte son:

1.° *Sin la autoridad del tutor, el impúbero mayor de la infancia, puede hacer mejor su condicion, pero no peor* (1). Entiéndese que hace *mejor* su condicion el pupilo cuando practica un acto jurídico por el cual adquiere un derecho, ó se liberta de una obligacion sin quedar por su parte obligado á nada; v. gr., cuando estipula que se le dará una cosa sin ofrecer prestacion alguna recíproca. En estos casos es innecesaria la autoridad del tutor; porque, como el pupilo á nada se compromete, basta que tenga inteligencia del acto, supuesto que la adquisicion podrá ser más ó ménos beneficiosa, pero nunca perjudicial á sus intereses. Hace *peor* su condicion siempre que del acto resulte que el pupilo pierde algun derecho ó queda obligado, por más que la operacion aumente en definitiva su caudal; v. gr., la compra de una cosa por bajo precio. En estos casos se hace indispensable la autoridad del tutor; porque, careciendo el pupilo de discernimiento, no puede formar un juicio comparativo entre el sacrificio que se impone y las ventajas que ha de reportar (2).

Consecuencias de este principio para los hechos referentes á la propiedad, á las obligaciones y á la defensa judicial del pupilo.

Propiedad. Puede *adquirir* lo que se le dé sin la autoridad del tutor (3); mas la necesita para adir una herencia (4). No le es, por el contrario, permitido *enajenar* la propiedad ó la posesion sin la autoridad del tutor (5): en su virtud no trasfiere la propiedad de lo que da en mútuo (6), ni de lo que paga (7); ni puede manumitir (8); ni repudiar una herencia (9).

Obligaciones. El pupilo puede obligar en su favor á otra persona, pero no quedar obligado sin la autoridad del tutor (10). Si cobra lo que se le debe, se hace dueño de lo cobrado; pero, como no puede disolver ninguna obligacion, el

(1) Gayo, II, 83. — D., II, 14, 28.
(2) D., XXVI, 8, 9.
(3) Gayo, II, 83. — *Inst.*, II, 8, § 2. — D., XXVI, 8, 9, pr. y XLI, 1, 11.
(4) D., XXXVI, 1, 37, § 2; y 8, 9, § 3 y 4; XXIX, 2, 8.
(5) Gayo, II, 80. — *Inst.*, II, 8, § 2. — D., XXVI, 8, 9, pr. y XLI, 1, 11.
(6) Gayo, II, 82. — *Inst.*, II, 8, § 2. — D., XII, 1, 29, § 1 y XXVI 8, 9, pr.
(7) D., XXVI, 8, 9, § 2: XLVI, 3, 14, § 8.
(8) D., XXVI, 8, 9, pr.
(9) C. VI, 31, 5.
(10) Gayo, III, 107. — D. XXVI, 8, 9, pr.

deudor permanece obligado á pagar nuevamente, salvo en lo que el pupilo se haya lucrado (1).

Defensa judicial del pupilo. Ni en los juicios civiles ni en los criminales puede comparecer por sí el pupilo, porque carece de la necesaria discrecion para utilizar los medios más conducentes á la defensa de su persona y derechos (2).

2.° *El pupilo no puede enriquecerse con perjuicio de otra persona* (3). Este principio, como regla absoluta de equidad y justicia, se aplica en todo caso, sin tomar en cuenta la inteligencia del pupilo, ni distinguir si el lucro proviene de un hecho autorizado ó nó por el tutor. Para decidir si el huérfano se ha hecho más rico, se atiende al tiempo en que se ventila la cuestion (4).

Consecuencias más notables de este principio:

Queda siempre obligado el pupilo, áun cuando no haya intervenido la autoridad del tutor: 1.° En cuanto se haya enriquecido por resultado de los hechos ó convenios que de suyo eran ineficaces legalmente (5); ó gestionando negocios ajenos (6); ó con motivo de un comodato (7) é depósito (8). 2.° En favor de aquél que ha desempeñado ventajosamente negocios del pupilo (9); ó hecho expensas en la administracion de una cosa de que el pupilo era condueño (10). 3.° En todo caso, siendo próximo á la pubertad, por razon de los delitos que haya cometido (11).

Vengamos ahora al texto de las Instituciones.

En el párrafo inicial consignan que el pupilo puede estipular sin la autoridad del tutor, pero no prometer; y que en los actos que producen obligaciones mutuas, como la compra, arriendo, etc., si no interviene la autoridad del tutor, se obligan los que contraen con el pupilo, pero no éste.

Generalizando la doctrina podemos decir que los contratos son ó *unilaterales*, que sólo producen obligacion para uno de los contratantes, ó *bilaterales*, que la producen para ambos. Si el realizado sin la autoridad del tutor es *unilateral* y el pupilo ha de ser el obligado, v. gr., promete donar un objeto,

(1) GAYO, II, 84.—*Inst.*, II, 8, § 2.—D. XLVI, 3, 15.
(2) C. III, 6, 2; y V, 49, 4.
(3) D., XII, 6, 14 y 66; L, 17, 206.
(4) D., XLVI, 3, 47.
(5) D, XXVI, 8, 5.
(6) D., III, 5, 3, § 4.
(7) D., XIII, 6, 3, pr.
(8) D., XVI, 3, 1, § 15.
(9) D, III, 5, 6, 21, 34 y 37.
(10) D., XLIV, 7, 46.
(11) D., IX, 2, 5, § 2; XLVII, 2, 23; y L, 17, 111.

es completamente ineficaz; porque hace peor su condicion. Si es *unilateral*, y en su virtud una tercera persona ha de quedar obligada al pupilo, v. gr., promete darle algo, es completamente válido; porque el pupilo hace mejor su condicion. Si, por último, el contrato es *bilateral*, será ineficaz en cuanto el pupilo se obligue al tercero, y válido en cuanto éste se obligue al pupilo: quiere decir que el tercero no tendrá accion contra el pupilo para obligarle á realizar el compromiso, al paso que el pupilo podrá exigir que se lleve á efecto lo convenido; si bien en este caso debe el pupilo cumplir por su parte, pues *no puede enriquecerse con daño ajeno* (1).

Declara á su vez el párrafo primero que sin la autoridad del tutor no puede el pupilo adir una herencia de cualquiera de las clases que en su lugar distinguirémos.

Ya hemos dicho ántes que el pupilo mayor de la infancia es incapaz, no sólo de adir sino de repudiar las herencias, á no ser con la autoridad del tutor, porque en ambos casos hacía *peor* su condicion: si adía, se obligaba á cumplir las cargas hereditarias y testamentarias; si repudiaba, enajenaba un derecho (2). Debemos ahora notar que la adicion del pupilo sería completamente nula; porque como acto único, efecto de una sola voluntad, no cabe aplicársele la doctrina de los contratos bilaterales que tienen validez en lo que favorecen al pupilo; por eso dice el jurisconsulto que el pupilo no puede adir una herencia sin la autoridad del tutor *quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum* (3).

Antiguamente hubo necesidad de emplear ingeniosos rodeos para que no fuese perdida la herencia deferida á un pupilo constituido en la infancia; porque, de una parte la adicion era un acto personalísimo (4), y de otra el infante no podía ejecutar actos jurídicos: Teodosio y Valentiniano permitieron que el tutor pudiera adirla en nombre del infante (5).

Observemos, por último, que toda esta doctrina tiene solamente aplicacion cuando el pupilo necesita adir para ser heredero; pero no al caso en que lo sea por ministerio de la ley sin que necesite expresar su voluntad (6).

(1) D, XIX, 1, 13, § 29.—En su lugar oportuno tratarémos de si el pupilo quedaba obligado *naturalmente* por lo ménos, cuestion muy debatida entre los jurisconsultos romanos.
(2) C. VI, 30, 5.—D., XXIX, 2, 9.
(3) D., XXVI, 8, 9, § 3.
(4) D., XXIX, 2, 90.
(5) C. VI, 30, 18, § 2.
(6) D., XXIX, 2, 8.

6.° En qué consiste la interposicion de la autoridad del tutor, y cuáles son los requisitos con que debe tener lugar.

§ 2. *Tutor autem statim, in ipso negotio præsens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.*

§ 3. *Si inter tutorem pupillumve* (1) *judicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest, non prætorius tutor, ut olim, constituitur, sed curator in locum ejus datur, quo interveniente, judicium peragitur, et eo peracto curator esse desinit.*

Interponer su autoridad el tutor es *suplir la falta de discernimiento del pupilo mayor de la infancia y validar los actos jurídicos, constituyéndose en coautor de los mismos.* No es, pues, simplemente aprobar ó ratificar lo ya ejecutado por el pupilo solo, sino tomar una participacion activa y directa en sus actos jurídicos, realizándolos juntamente con el pupilo, formando con él una sola persona é integrando de esta manera la inteligencia que le falta: por eso derivan los escritores la voz *auctoritas* de *augendo*, aumentar.

Esta unidad de personas y de accion por parte del tutor y del pupilo, exige en la interposicion de la autoridad:

1.° Que medie la voluntad del pupilo, bien sea expresa ó tácita: de suerte que se presta válidamente la autoridad cuando el pupilo calla ó es mudo (2).

2.° Que el tutor se halle presente al acto, *præsens in ipso negotio*, y preste su autoridad en el momento mismo en que se concluye: si estuviere ausente ó lo aprobase con posterioridad, no vale, pues serian dos actos realizados por dos personas distintas (3). En general, debe el tutor expresar su voluntad verbalmente (4); pero no es de absoluta precision que la persona que celebra el acto con el pupilo interrogue al tutor (5), ni que oiga la autorizacion de éste, con tal que se pruebe; v. gr., si estando ausente el pupilo, vende algo por medio de correspondencia autorizado por el tutor (6). Por último, la aprobacion del tutor ha de ser pura; no puede prestarla condicionalmente ni á dia; lo cual en nada impide que el acto mismo se haga bajo condicion ó á plazo (7).

(1) C., *pupillumque*. (2) D., XXVI, 1, 6, pr.; y 8, 13. (3) D., XXVI, 8, 9, § 5. (4) D., XXVI, 1, 1, § 2. (5) D., XXVIII, 8, 3. (6) D., XXVI, 8, 9, § 6. (7) D., XXVI, 8, 8.

3.° Que si ocurre un acto cuyo objeto directo sea crear nuevas relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo, preste su autoridad otro tutor, si le tiene, ó se le nombre un curador al efecto (1); porque *tutor in rem suam auctor fieri non potest.* Sin este requisito no podrá contratar con el pupilo el tutor ni por sí, ni por persona á él sometida (2); ni restituirle la herencia que se le ha encargado (3); ni litigar con él (4). Pero sí le es permitido autorizar actos que por sus consecuencias remotas produzcan vínculos jurídicos con el pupilo; como aceptar una herencia de la cual el tutor sea acreedor, por más que de ello resulte que el pupilo venga á ser deudor del tutor (5).

Por lo demás, el tutor no puede ser obligado judicialmente á prestar su autoridad; ya porque es posible que el negocio sea desventajoso para el pupilo, ya porque el tutor responderá, si es culpable, de sus actos cuando termine la tutela (6).

7.° Relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo, concluida la tutela.

En el Título 28 del Libro III nos dirá Justiniano que áun cuando entre el tutor y el pupilo no ha mediado contrato alguno, existen obligaciones mutuas que provienen *como de un contrato;* y son con efecto muy análogas á las que se establecen por el contrato de mandato entre el que da un encargo y el que le desempeña. Examinémoslas separadamente.

(A) Obligaciones del tutor para con el pupilo.—El tutor debe rendir cuentas de su administracion y entregar cuantos bienes tenga en su poder correspondientes al pupilo, quedando obligado á pagar los intereses por el tiempo que tarde en hacer la entrega ó consignacion (7). De este deber no puede ser relevado el tutor ni áun por el padre del pupilo que le confirió la tutela en testamento (8). A fin de llenarle cumpli-

(1) Antiguamente, cuando ocurrían estos casos, el pretor nombraba un *tutor* que interpusiera su autoridad: despues pareció más lógico nombrarle un *curador.* (Gayo, I, 184.—C. V, 44, 4.) No debe confundirse este curador con el que se nombra á instancia del tutor, por su edad, dignidad, estado de salud, etc.: este último, denominado *actor,* funcionaba á cargo y riesgo del tutor peticionario. *(Inst.,* I, 23, § 6.—D., XXVI, 7, 24.)

(2) D., XVIII, 1, 34, § 7; XXVI, 8, 5, pr. y § 2; y 7, pr. y § 1.

(3) D., XXXVI, 1, 1, § 13.

(4) D., XXVI, 2, 24.

(5) D., XXVI, 8, 1, pr.; id. id. 7.

(6) D., XXVI, 8, 17.

(7) D., XXII, 1, 1, § 3.—C., V, 56, 4.

(8) D., XXVI, 7, 5, § 7.

damente, hará que se nombre un curador para el que fué su pupilo (1).

Para compeler al tutor, existe la accion *tutelæ directa* que se da al pupilo y á sus herederos (2), contra el tutor y los suyos (3), despues que ha terminado la tutela (4), para que rinda cuentas de su administracion (5), entregue los bienes y responda de su falta de diligencia (6). Si el tutor era hijo de familias, quedaba responsable solidariamente de su administracion el jefe de familia cuando le había autorizado expresa ó tácitamente; en el caso de no haber mediado autorizacion, sólo quedaba obligado en cuanto alcanzase el peculio del hijo (7). Esta accion se denominaba tambien *arbitrium tutelæ*, por la grande latitud que el juez tenía en apreciar la responsabilidad del tutor (8); y no se concedía hasta despues de terminada la tutela; porque miéntras duraba ésta, se recurría á la remocion por sospechoso, si había motivo para ello, como verémos en uno de los Títulos inmediatos.

Las leyes conceden tambien la accion *de rationibus distrahendis*, que corresponde al pupilo y á sus herederos contra toda clase de tutores, pero no contra los sucesores de éstos, una vez terminada la tutela, cuando el tutor oculta algunos bienes, para que abone su doble valor (9). Esta accion no puede acumularse con la *tutelæ directa* (10). Si el tutor hiciese la ocultacion con ánimo de hurtar, podría ser perseguido por la accion *furti* y por la *condictio furtiva*, de que en su lugar hablarémos; pero en el caso de que por el ejercicio de ésta se reintegrase de lo ocultado, caducaba naturalmente la de *rationibus distrahendis* (11).

Con el fin de asegurar más los intereses del pupilo, se le concedió el derecho de ser preferido á los demas acreedores del tutor, *privilegium exigendi* (12); el de hipoteca sobre las cosas compradas con su dinero (13), pudiendo revindicarlas cuando el tutor las hubiera comprado á su propio nombre (14):

(1) D., XXVI, 7, 5, § 5.
(2) D., XXVII, 3, 1, § 17.
(3) D., XXVII, 3, 1, § 16; id. 7, 1, 4 y 8. — C. V, 54.
(4) Gayo, I, 191. — *Inst.*, I, 20, § 7. — D., XXVII. 3, 1, § 24; id. id. 4.
(5) D., XXVII, 3, 1, § 3. — C. V, 51, 9.
(6) D., XLVI, 2, 53, § 3.
(7) D., XXVI, 1, 7; id. 7, 21.
(8) Gayo, IV, 62. — *Inst.*, IV, 6, § 28.
(9) D., XXVII, 3, 1, § 19, 20, 23 y 24; id. id. 2.
(10) D., XXVII, 3, 1, § 21.
(11) D., XXVII, 3, 1, § 22; id. id. 4.
(12) D., XXVI, 7, 42 y 44, § 1; XXVII, 3, 25, y XLII, 5, 19 á 24.
(13) D., XX, 4, 7 y XXVII, 9, 3. — C. VII, 8, 6.
(14) D., XXVI, 9, 2. — C. V, 51, 3.

y más tarde, el de una hipoteca tácita legal sobre todos los bienes del tutor (1).

Por último, además de las acciones referidas, existen otras de garantía que expondrémos en el Título XXIV inmediato, siguiendo á Justiniano.

(B) *Obligaciones del pupilo para con el tutor.* —Debe el pupilo:

1.° Reembolsar á su tutor los gastos hechos de buena fe con los réditos correspondientes desde que los hizo (2), ya para la persona del pupilo (3), ya para la administracion de sus bienes (4); aunque no hayan dado resultado favorable para el huérfano; y bien los haya hecho ántes, durante ó despues de la tutela (5).

2.° Indemnizarle de los perjuicios que haya sufrido por el ejercicio de su cargo, á no haber disfrutado asignacion (6); pues el cometido que se desempeña en beneficio de otro, no debe dañar al que presta un servicio gratuito (7).

3.° Libertarle de las obligaciones personales ó hipotecarias que hubiese contraido en utilidad del pupilo (8).

Para que estas obligaciones sean cumplidas, existe la accion *tutelæ contraria* que se concede al tutor y sus herederos contra el pupilo y los suyos, una vez terminada la tutela, para que se le indemnice de todos los gastos y perjuicios y se le liberte de todas las obligaciones que haya ocasionado el ejercicio de su cargo (9). La introdujo el Pretor con el fin de que los tutores se prestasen más fácilmente á serlo, teniendo la garantía de que los pupilos les quedaban obligados por su administracion (10). En ella no puede ser comprendido lo que el pupilo debiera al tutor por distinto concepto que el de la tutela; v. gr., una cantidad que el padre del pupilo adeudase al tutor (11). Compete aún al tutor removido por sospechoso (12), y aunque el pupilo no entable la *tutelæ directa;* pero si el pupilo ejercita ésta, el tutor puede elegir entre utilizar la compensacion ó deducir la *tutelæ contraria* (13).

(1) C., V, 37, 20.
(2) *Inst.*, III, 28, § 2. — D., XXVII, 4, 3. — C. V, 58, 3.
(3) D., XXVII, 2, 2 y 3. — C. V, 50, 2.
(4) D., XXVI, 7, 33, § 3; XXVII, 3, 1, § 8 y 9. — C. V, 37, 8.
(5) D., XXVII, 4, 3, § 7 y 8.
(6) D., XXVI, 7, 33, § 3.
(7) D., XLVII, 2, 61, § 5.
(8) *Inst.*, III, 28, § 2. — D., XXVII, 4, 6.
(9) D., XXVII, 4, 1, pr. y § 3; id. id. 3, § 9.
(10) D., XXVII, 4, 1, pr.
(11) D., XXVII, 4, 1, § 5.
(12) D., XXVII, 4, 4.
(13) D., XXVII; 4, 1, § 4 y 8.

8.° Caso en que existan varios tutores.

La doctrina expuesta se aplica sin dificultad en los casos ordinarios, cuando hay un solo tutor; pero á veces existen varias personas á quienes se ha encomendado una participacion mayor ó menor en los negocios del pupilo, y necesitamos por tanto determinar sus diversas funciones y responsabilidad.

Ulpiano distingue, bajo este punto de vista, tres clases de tutores: *Sunt*, dice, *quidam tutores qui honorarii appellantur; sunt, qui rei notitiæ gratia dantur; sunt, qui ad hoc dantur, ut gerant* (1). Es decir, que unos tutores tenían el cometido de *administrar los negocios*, *ut gererent;* otros, el de *vigilar* la administracion, *honorarii:* y algunos, solamente el de *informar* como hombres versados en los asuntos del pupilo, *notitiæ gratiæ.* Veamos cómo se les confería su respectiva mision.

(A) *Tutores administradores y honorarios.* Antiguamente, cuando existían para un mismo pupilo varios tutores, si eran testamentarios ó dativos nombrados *ex inquisitione*, cada uno tenía plena facultad de administrar por sí solo: pero si eran legítimos ó dativos nombrados *simpliciter*, *sine inquisitione*, cada acto de administracion necesitaba el concurso de todos. Esta diferencia se fundaba ya en la mayor confianza que inspiraban los primeros, ya en que no comprometían las fianzas de sus compañeros, supuesto que no las prestaban. Justiniano quitó aquella distincion, y facultó á cada uno de los tutores, cualquiera que fuese su clase, para obrar por sí, salvo dos casos: 1.° Cuando el acto tuviera por objeto concluir la tutela, v. gr. la arrogacion, pues no era procedente que terminase el cargo sin la intervencion de todos los que le desempeñaban. 2.° Cuando se hubiese dividido entre los tutores la administracion, bien *pro regionibus*, bien *pro substantiæ partibus* (2). La primera excepcion era muy rara: la segunda más frecuente, como vamos á ver.

La unidad necesaria en toda buena administracion no podía lograrse administrando á la vez varios tutores con independencia. Para evitar este inconveniente se apeló á uno de dos recursos: ó que administrase un solo tutor, ó que la administracion se dividiese entre los nombrados.

Procuraba el Pretor el primero de estos recursos, segun Ulpiano, aunque el padre del pupilo no lo hubiese dispues-

(1) D., XLVI, 3, 14, § 1.
(2) C. V, 59, 5.

to (1). En este caso ó cuando el designado por el testador no se prestaba, el magistrado convocaba á todos los tutores nombrados para que eligiesen de entre ellos un gerente: si no se ponían de acuerdo, le designaba el Pretor; y si los cotutores no se conformaban con la eleccion y querían administrar todos, él accedía á este deseo (2).

Ahora bien; el tutor ó tutores que no administran se llaman *honorarios* en contraposicion á los *administradores* ó *gerentes* encargados de la administracion (3); y la responsabilidad de unos y otros era muy diferente.

Los tutores *administradores* se obligan solidariamente, esto es, cada uno puede ser reconvenido por el todo de los actos de administracion practicados durante la tutela (4) sin que basten á evitar esta solidaridad los convenios que hayan mediado entre ellos (5); pero gozan de los beneficios que en el Tít. 20 del Libro III verémos que se otorgaron á los fiadores, ó sean, el de *órden* ó *excusion* (6); el de *division* (7); y el de *cesion de acciones* miéntras no ha pagado (8) ó aunque haya pagado, si no ha sido condenado por culpa propia (9); pero nunca si la demanda se funda en haber mediado dolo (10).

Los tutores *honorarios* respondían subsidiariamente cuando no promovían con oportunidad la remocion de los *administradores*; porque debían velar constantemente sobre la administracion, procurando que el metálico se depositase para comprar fincas, etc. (11).

El segundo medio de evitar que administrasen muchos á la vez era dividir entre los tutores la administracion de la tutela, ya *in partes*, por negocios, ya *in regiones*, por territorios (12). Esta distribucion podía hacerse por el testador (13),

(1) Por regla general el Pretor defería sobre este punto á la voluntad del padre; pero á veces prescindía de ella cuando mediaban justas causas; v. gr., si habia cambiado la responsabilidad ó conducta de aquél á quien el padre había designado para que administrase solo. (D., XXVI, 7, 3.

(2) D., XXVI, 7, 3, § 6, 7 y 8. Otro medio de asumir un solo tutor la administracion era prestarse á dar fianzas, como verémos en el Título XXIV de este libro.

(3) D., XXIII, 2, 60, § 2 y XXVI, 7, 3, § 2.

(4) D., XXVI, 7, 31, 33; § 2 y 42. — C. V, 51, 6; y 52, 2.

(5) D., XXVI, 7, 55. — C. V, 52, 2 y 3.

(6) D., XXVI, 7, 39, § 11. — C. V, 37, 8; 51, 6; 52, 3; y 55, 2.

(7) D., XXVI, 7, 38 y XXVII, 3, 1, § 11 y 12.

(8) D., XXVII, 3, 1, § 13. — C. V, 58, 1.

(9) D., XXVII, 3, 1, § 13. — C. V, 58, 2.

(10) D., XXVI, 7, 38, § 2; XXVII, 3, § 14. — C. V, 58, 2.

(11) D., XXVI, 7, 3, § 2 y 3. — C. V, 52, 2; y 55, 1.

(12) D., XXVI, 7, 4.

(13) D., XXVI, 2, 15.

por los mismos tutores (1), ó por el magistrado (2).

La responsabilidad de los tutores variaba segun la forma en que se hubiera verificado la division. Si se había hecho por voluntad del testador ó por decreto del magistrado, cada tutor respondía solamente por la parte de administracion que le hubiese sido confiada (3); si bien eran responsables cuando no promovían oportunamente la remocion del compañero, ó no procuraban que afianzase estando obligado á hacerlo. Mas si la distribucion se había realizado por ellos mismos, cada uno podía ser reconvenido por el todo, cediéndole las acciones contra los demás (4).

(*B*) *Tutores notitiæ gratiæ dati.*—Con frecuencia los testadores nombraban algun liberto versado en los negocios de la casa, no principalmente para que ejerciese la tutela, pues su escasa fortuna dejaba de ofrecer garantía bastante, sino para que suministrase á los demas tutores las noticias oportunas. A pesar de que ésta fuera su mision especial, era verdadero tutor; y en tal concepto responsable como los otros nombrados en el mismo testamento (5), con especialidad si no facilitaba á sus cotutores cuantos antecedentes pudieran convenir, si no los denunciaba siendo sospechosos, si no se conducía celosamente, y cuando obraba con fraude (6). Los compañeros en la tutela podían señalarle alimentos que les eran de abono (7).

Tales eran las varias clases de tutores y sus respectivas obligaciones. En general corresponde á los administradores la gestion de la tutela é interponer su autoridad en los actos jurídicos del pupilo; pero cuando se trataba de actos que no fuesen meramente administrativos, como vender (8), todos podían autorizarlos, no siendo que expresamente les estuviera prohibido: así era válida la adicion de una herencia con su autoridad (9) y el pago que se les hiciera (10).

9.° Caso en que desempeñe las funciones de tutor quien no lo es realmente.

Parece extraño ver en el Digesto dos Títulos consagrados á describir la situacion jurídica del que ejercía la tutela sin

(1) D., XXVI, 7, 3, § 9.
(2) C. V, 52, 2.
(3) C. V, 38, 2
(4) D., XXVII, 8, 5.—C. V, 52, 2.
(5) D., XXVI, 2, 32, § 1.
(6) C. V, 38, 1.
(7) D., XXVII, 3, 1, § 7.
(8) D., XXVI, 8, 4.
(9) D., XXIX, 2, 49.
(10) D., XLVI, 3, 14, § 1 y 6.

ser tutor, creyendo ó nó serlo, y las consecuencias de sus actos (1). Hoy apénas será posible este caso, dada la formalidad del discernimiento y la facilidad con que se provee de tutor al que le necesita; pero en Roma debió ser muy frecuente. Concíbese, desde luego, que una persona fácilmente se considerase de buena fe tutor testamentario ó legítimo no siéndolo en rigor, por la equivocada apreciacion de la validez ó ineficacia del testamento ó de la preferencia que como agnado le correspondiese. En cuanto á la tutela dativa, ántes de las leyes *Atilia* y *Julia* y *Titia,* cuando el pupilo careciese de tutor testamentario y legítimo, hubiera quedado sin proteccion á no haberse hecho cargo de él, siquiera fuese oficiosamente, una persona interesada en su suerte; y todavía, dictadas aquellas leyes, sería dispendioso y no siempre cómodo formalizar el nombramiento de tutor dativo, especialmente cuando se tratara de pupilos no residentes en Roma ó en las capitales.

Estas sencillas reflexiones aclaran el sentido de las palabras de Ulpiano que figuran al frente de los expresados títulos. El Pretor, dice, introdujo la accion *pro tutelæ* movido de la necesidad, porque muchas veces media incertidumbre, hay grandes errores, y no puede distinguirse si el que administró era verdadero tutor y obró como tal, ó bien sin ser tutor funcionó *pro tutore*. Se halla en este caso, continúa, *pro tutore gerit*, aquél que ejerce el cargo de tutor en los negocios del impúbero, bien creyendo que es tutor, bien sabiendo que no lo es, pero suponiéndose tal (2). Veamos ahora los efectos jurídicos que producen ora la administracion, ora la interposicion de la autoridad del que no es tutor.

Respecto á la administracion, el que no es tutor se halla en el mismo caso de cualquier ciudadano á quien era permitido encargarse espontáneamente, y sin mandato del dueño, de negocios ajenos que se encontrasen abandonados (3). Podía, en su consecuencia, ejercer actos administrativos, pero no los que entrañasen una enajenacion de derechos: así no

(1) Los 5 y 6 del Libro XXVII. El primero lleva por epígrafe *De eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit*; el segundo, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*. De muy diversas maneras explican los tratadistas la razon de haberse dividido en dos títulos esta materia y de llamarse en el segundo *falsus tutor*. Por nuestra parte creemos que la explicacion es sencilla; siendo las funciones del tutor administrar, *negotia gerere*, y prestar su autoridad, *auctoritatem interponere*, el primer título le considera en cuanto administra, y por eso comprende en su epígrafe al tutor y al curador; e segundo, en cuanto interpone su autoridad, y por eso se contrae su rúbrica al tutor, único que ejerce esta funcion.

(2) D., XXVII, 5, 1. pr. y § 1.

(3) Título 27 del libro III.

le era permitido vender (1); y si cobraba deudas, solamente se libertaban los deudores en la parte que se hubiera lucrado el pupilo (2). En los actos administrativos quedaba obligado para con el pupilo como si fuera verdadero tutor (3) y no como un simple gestor de negocios ajenos: consideró el Pretor equitativo someterle á las leyes de tutela, más rigurosas, porque no podía equipararse al pupilo con el mayor de edad que da lugar á que sus negocios sean manejados por un tercero. Era además responsable, no sólo de los actos practicados, sino de aquellos que otro más diligente hubiera realizado; y cuando, despues de comenzada la administracion, se abstenía de ella, aunque fuese por haber conocido que no era tutor, respondía de las consecuencias, si no procuraba que se nombrase tutor al pupilo (4). Para hacer efectivos sus respectivos deberes, existían las mismas acciones y con idénticos objetos que hemos visto anteriormente, si bien tomaban el nombre de *pro tutelæ*, tanto la directa como la contraria (5), y la directa podía entablarse áun durante la gestion sin esperar á que el huérfano fuera púbero, porque se trataba de uno que no era tutor (6).

La interposicion de su autoridad era ineficaz á no haber procedido en virtud de decreto del magistrado (7); y nulos por consecuencia los actos celebrados de esta manera. Los terceros que hubieran contratado, si sabían que no era tutor, carecían de todo recurso legal; pero si le creían verdadero tutor, podían pedir la restitucion *in integrum* contra el pupilo en cuanto se hubiera enriquecido (8); y contra el tutor, en cuanto importase el negocio, cuando había obrado con dolo (9), pero sólo durante un año, y nunca contra los herederos del tutor celoso (10).

(1) D., XXVII, 5, 2; y 9, 8, pr.
(2) D., XLVI, 3, 28.
(3) D., XXVII, 5, 4.
(4) D., XXVI, 7, 39, § 2 y XXVII, 5, 1, § 9.
(5) D., XXVI, 7, 39, § 9 y XXVII, 5, 1 y 5.
(6) D., XXVI, 7, 26; XXVII, 4, 1, § 3; y 5, 1, § 3.
(7) D., XXXII, 6, 1, § 5.
(8) D., XXVII, 6, 1, § 6.
(9) D., XXVII, 6, 7, 8 y 12.
(10) D., XXVII, [illegible], 9, § 1.

TÍTULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

Podemos clasificar los motivos de concluirse la tutela diciendo que se refieren ó al pupilo, ó al tutor, ó á los dos indistintamente, ó á las limitaciones bajo las cuales se defirió el cargo.

Obsérvese bien que las causas referentes al pupilo concluyen para siempre la tutela: las demas solamente producen el reemplazo de un tutor por otro; pero el pupilo continúa en tutela.

(A) *Al pupilo.* — El haber llegado á la pubertad.

§ inicial. *Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, tutela liberantur.*

Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas dignum esse castitati temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere; et ideo, sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis (1) *personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.*

Desde la pubertad se considera al jóven con *plenum animi judicium*, y no necesita la asistencia tutelar (págs. 36 y 131). En el Título siguiente verémos la proteccion que seguía dispensándosele áun despues de esta edad.

(B) *Al tutor:*

1.° Excusa ó remocion, de que se tratará respectivamente en los Títulos XXV y XXVI de este libro.

§ 6. *Desinunt autem esse tutores, qui vel removentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt, vel ex justa causa sese excusant, et onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea quæ inferius proponemus.*

Nótese, sin embargo, que únicamente concluye la tutela por excusa del tutor cuando se alega despues de aceptado el cargo y es perpétua: si se hace valer ántes de aceptar, será

(1) C. *femininis.*

más bien un motivo para que no comience ; y si es temporal, sólo producirá el efecto de que se nombre un curador para administrar (1). Terminada la tutela por excusa ó remocion, corresponde siempre al magistrado proveer de tutor (2).

2.° Cuando la madre ó abuela contraían nuevo matrimonio perdían la tutela legítima, única para la cual se las habilitó (3).

(C) *Al pupilo y tutor indistintamente.*

1.° La muerte natural.

§ 3. *Simili modo finitur tutela morte, vel tutorum vel pupillorum.*

La tutela, como cargo personalísimo, no se hereda. En la legítima, ocurrirá frecuentemente que el heredero del tutor le suceda tambien en la tutela; pero será como pariente más próximo del pupilo, no por el título de heredero del tutor. Si el que murió era tutor testamentario ó legítimo, viene el cognado más inmediato ; y ántes que todos, la madre viuda : si dativo ó uno de los varios testamentarios, el que nombra el magistrado. En todo caso, los herederos del tutor deben continuar al cuidado de los negocios miéntras se encarga otro tutor (4).

2.° La capitis diminucion.

§ 1. *Item finitur tutela, si arrogati sunt adhuc impuberes, vel deportati. Item si in servitutem pupillus redigatur, vel ab hostibus fuerit captus.*

§ 4. *Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit: ceteræ non pereunt. Sed pupilli et pupillæ capitis deminutio, licet minima sit omnes tutelas tollit.*

El pupilo podía sufrir la capitisdiminucion *máxima* por cautividad ó ingratitud para con su patrono ; la *media*, por la deportacion (5) ; y la *mínima*, por darse en arrogacion segun las disposiciones de Antonino. En los tres casos concluía definitivamente la tutela ; porque el huérfano había dejado de ser *sui juris*, *caput liberum*.

Respecto al tutor, la máxima y media le incapacitaban

(1) *Inst.*, I, 23, § 5 ; y 25, § 2.
(2) D., XXVI, 2, 11 ; y 4, 3, § 8.
(3) Nov., XXII; cap. 40 y XCIV, cap. 2.
(4) D., XXVI, 1, 14 y 15; XXVII, 3, 4.
(5) La esclavitud por ingrato y la deportación por criminal se imponían sólo al pupilo próximo á la pubertad ; porque desde entónces se le consideraba capaz de dolo. (D., L., 17, 111.)

para toda clase de tutelas, pues perdía los derechos civiles. La mínima solamente le privaba de la tutela legítima ejercida por los agnados, á cuya clase dejaba de pertenecer; pero nó de la testamentaria ó dativa, cuyo desempeño se le había encomendado sin tomar en cuenta sus vínculos de agnacion con el pupilo. Tal era el derecho vigente cuando se redactaron las Instituciones; pero igualadas más tarde la agnacion y cognacion por la Novela CXVIII de Justiniano, continúa el mismo tutor legítimo aunque sufra la capitisdiminucion mínima. Cuando termina la tutela por la máxima ó media del tutor, éste es reemplazado como en el caso de muerte natural, á la cual se equipara.

(D) *A las limitaciones bajo las cuales se defirió el cargo.* Cuándo se cumple la condicion ó el plazo señalados.

§ 2 *Sed et si usque ad certam conditionem datus sit testamento, æque evenit, ut desinat esse tutor, existente conditione.*

§ 3. *Prælerea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.*

La condicion y el plazo puede haberlos impuesto el testador, ó bien de una manera *suspensiva*, es decir, con el objeto de que el tutor no comience á ejercer su cargo hasta que se verifique el acontecimiento ó llegue el dia, ó bien de un modo *resolutorio*, esto es, para que el nombrado ejerza tan luego como muera el testador, pero cese apénas se realice la condicion ó cumpla el término prescrito. En el primer caso, la tutela que concluye es la que el magistrado habrá conferido miéntras se veía el éxito de la condicion ó plazo; en el segundo, se extingue la testamentaria y tiene lugar la legítima.

TÍTULO XXIII.

DE LOS CURADORES.

1.° Nocion y fundamento de la curaduría: casos en que tenía lugar.—2.° Curaduría de los púberos menores de veinticinco años.—3.° Curaduría de los furiosos y pródigos.—4.° Otros diversos casos de curaduría.—5.° Atribuciones y responsabilidad de los curadores.

1.° Nocion y fundamento de la curaduría; casos en que tenía lugar.

Las Instituciones no definen la *curaduría*, siendo así que de la tutela presentaron una definicion concreta. Son á la verdad tan numerosos y heterogéneos los casos de curadu-

ría, que no pueden expresarse todos bajo una definicion general. En la tutela cabe determinar la *entidad protegida;* es siempre el huérfano impúbero, *caput liberum :* en la curaduría, unas veces lo es la persona y su patrimonio; otras, solamente los bienes; y algunas, negocios especiales. El tutor tiene por *mision* defender al pupilo, *ad tuendum :* el curador, ora se ocupa sólo de administrar, ora de cuidar á la vez de la persona. La *causa* única que motiva el nombramiento de tutor es la edad, *propter ætatem*; y edad determinada, hasta la pubertad : la curaduría tiene lugar tambien por la edad, pero además por otras muchas causas; y áun cuando es ocasionada por la edad, ya se aplica á los púberos menores de veinticinco años, ya á los impúberos mismos.

En medio de tan diversas aplicaciones como se hicieron de la curaduría, si comparamos las funciones del tutor con las del curador, cualquiera que sea su clase, encontramos que intervienen de diferente manera en los negocios que se les confía; y esta diferente intervencion es, por consecuencia, la sola nota característica que separa ambas instituciones. Con efecto, encargado el tutor de una persona cuya inteligencia va desarrollándose por grados, recibe la mision de completar esa inteligencia deficiente, supliendo con su intervencion en los actos jurídicos los grados de discernimiento que al impúbero faltan (pág. 183). El curador, viceversa, se encarga de una persona reputada ó completamente capaz, v. gr., el púbero; ó completamente incapaz, como el demente; ó sólo de administrar bienes ; y en ninguno de estos casos hay términos hábiles para que interponga *su autoridad*.

Podemos, pues, definir la curaduría : *El cargo que tiene por objeto, ya el cuidado de una persona y su patrimonio, ya de éste solamente, ya de negocios determinados, pero que se ejerce sin prestar la autoridad.*

Desde las XII Tablas encontramos ya establecida la curaduría para los furiosos y pródigos. Ambos necesitaban asistencia tutelar; pero el cometido de la persona á quien se encargaba protegerlos, no podía ser completar una inteligencia que al primero faltaba totalmente y el segundo conservaba íntegra. Por eso no se les sometió á un tutor cuya funcion principal consistía en suplir la capacidad incompleta del protegido, sino á un curador que gestionara y administrase en nombre propio, sin tomar parte en los actos jurídicos ni el loco ni el pródigo.

Con el tiempo se ofrecieron otras situaciones muy diversas, en las cuales era preciso crear protectores especiales, cuyo

respectivo cometido tampoco daba ocasion á que interpusieran su autoridad; y por este motivo se aplicó la denominacion de *curadores* á todos ellos.

Sería difuso y poco útil exponer con detenimiento los diversos casos de curaduría que las Pandectas mencionan (1). Nos concretarémos á los más interesantes, y del resto formarémos un catálogo con indicacion de sus fuentes.

2.° CURADURÍA DE LOS PÚBEROS MENORES DE VEINTICINCO AÑOS.

Veamos el orígen y desenvolvimiento de esta curaduría; quiénes la desempeñan; la condicion jurídica del menor segun tenga ó no curador, y los casos en que termina.

(A) *Orígen y desenvolvimiento de esta curaduría.*

§ inicial. *Masculi puberes et feminæ viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; quia licet puberes sint, adhuc tamen hujus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possunt* (2).

En la exposicion de los diferentes casos de curaduría no sigue Justiniano el órden cronológico en que fueron establecidos. Pone al frente de todos el de los menores de edad sin duda por ser el más frecuente; pero la curaduría no fué creada para ellos.

Primitivamente, sólo se consideró incompleta la inteligencia de la persona hasta la edad de su pubertad; y por esto se la sujetó á un tutor que la completase; el púbero fué reputado con plena discrecíon, *plenum animi judicium*; y, libre de la tutela, se dirigía por sí propio. Se comprende que este sistema pudiera conservarse en un pueblo guerrero, de pocas transacciones y de costumbres severísimas; pero á medida que el carácter romano degenera, progresa la malicia, y las relaciones jurídicas se complican, el jóven debió encontrarse expuesto á contínuos fraudes en medio de una sociedad cuyas condiciones morales é intelectuales habían cambiado (3).

Segun los datos que han llegado á nosotros, vino á remediarse este mal por medio de las disposiciones siguientes:

En el siglo VI, la ley *Lætoria* ó *Plætoria*, llamada tambien *lex quinavicennaria*, parece que permitió á los menores de veinticinco años pedir curadores si justificaban necesitarlos (4) y excusarse por via de excepcion de cumplir las obli-

(1) D., L. 4, 1, § 4.
(2) C. *sint.*, *possint.*
(3) *Historia*, pág. 103.
(4) ULPIANO, XII, 4.—Pasaje de Capitolino que se trascribirá luégo.

gaciones que contrajeran (1); al paso que castigaba al que para enriquecerse abusara de la inexperiencia de estos jóvenes (2). Desde entónces se llamó *legítima* la edad de veinticinco años (3); y pudo decirse, con nuestro párrafo inicial, *licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.*

El Pretor por su parte, fundado en la equidad y tomando á su cargo la proteccion de los menores de veinticinco años, les otorga la restitucion *in integrum* de todos los negocios en que hubieran salido perjudicados (4).

La proteccion de la ley *Lætoria* y el beneficio de restitucion favorecían á los menores, pero les dificultaban establecer relaciones jurídicas con los demas ciudadanos por el temor de que fueran ineficaces y áun produjeran responsabilidad criminal. Los jóvenes, pues, se vieron en la necesidad de pedir curadores siempre que hubieran de concluir un negocio importante.

Por último, Marco Aurelio estableció que en adelante los menores pudieran pedir y obtener curadores sin necesidad de alegar causa determinada, *non redditis causis* (5). Desde aquel momento cambia el carácter de la curaduría: en lugar de ser una medida que se adopta en casos excepcionales, degenera en cargo general y permanente: viene á ser una prolongacion de la tutela: y si no se funden ambas instituciones en una sola, es por apego á las tradiciones. Así lo reconocía Modestino cuando dijo: *In paucissimis distant curatores à tutoribus*. Verémos, es verdad, que los púberos tienen mayor grado de capacidad jurídica que los impúberos; pero más importante es la diferencia de capacidad entre los infantes y los mayores de la infancia, y sin embargo unos y otros son regidos por tutor.

(B) *Quiénes desempeñan la curaduría de los menores.*

§ 1. *Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto prætoris vel præsidis.*

(1) D., XLIV, 1, 7.
(2) Ciceron. *De nat. deor*, III, 30. — Id. *de off.*, III, 15.
(3) *Cod. Teod.*; VIII, 12, 2.
(4) D., IV, 4, 1.
(5) Julio Capitolino dice hablando de Marco Aurelio (10): *De curatoribus, cum antea nonnisi ex lege Plætoria, vel propter lasciviam, vel propter dementium darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.* Favor singular que dispensa el Emperador á todos los jóvenes de que por sólo su menor edad puedan obtener un administrador gratuito y bajo garantías no comunes.

La doctrina de este párrafo confirma lo que acabamos de decir, el empeño de conservar entre la tutela y curaduría una diferencia que ya no tiene razon de ser. Empieza por consignar que los curadores para los menores son siempre *dativos*; que no puede nombrarlos el padre en su testamento; y, corrigiéndose á renglon seguido, dice que si se nombran en testamento, los confirma el magistrado. Tal es la síntesis del Derecho romano sobre este punto: la ley no concede al padre la facultad de dar curadores á sus descendientes, porque persiste en reconocer á los púberos completa capacidad para gobernarse por sí, y al hombre capaz nadie puede imponerle un guardador; ya lo pedirá él al magistrado, si lo necesita (1); pero una jurisprudencia constante establece que el magistrado confirme siempre la designacion testamentaria del curador hecha por el padre ó por la madre, como la del tutor; porque la experiencia acredita que *licet puberes sint*, etc. (2). Resulta por tanto que segun *el derecho*, sólo hay curadores *dativos* para los menores, y que *de hecho* los hay tambien *testamentarios;* si bien por salvar el rigor de los principios necesitan una confirmacion que nunca se les niega. Los que jamás se admitieron fueron los *legítimos:* no debe extrañarnos que así sucediera recordando el fundamento de la tutela legítima (pág. 146) y teniendo presente que cuando se generalizó la curaduría para los menores, había desaparecido la antigua constitucion familiar.

(C) *Condicion jurídica del menor, segun tenga ó no curador.*

§ 2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest.*

Continúa el mismo dualismo que acabamos de hacer notar. En el § inicial dijeron las Instituciones que los púberos reciben curadores hasta cumplir los veinticinco años; de suerte que presentaron á los menores sometidos siempre á curaduría: ahora consignan que, á no ser en casos excepcionales, no se les sujeta á curaduría contra su voluntad. Para demostrar que estas dos proposiciones no son contradictorias más que en la apariencia, describirémos sucintamente la posicion jurídica de los púberos menores de veinticinco años.

El principio de que se parte es que la peticion de curador corresponde exclusivamente á los mismos menores, y contra

(1) C. V, 28, 7.
(2) D., XXVI, 3, 1, § 3; 2, § 1, y 6.

su voluntad nadie puede pedirle (1); así dice el texto *inviti adolescentes curatores non accipiunt*. Pero esta regla general vino poco á poco restringiéndose hasta el punto de convertirse en excepcion. Veamos cómo.

Desde luego, el padre y la madre pudieron con el tiempo, segun sabemos, nombrar en testamento curador para sus descendientes; y natural es que lo hicieran siempre que al morir dejáran menores de veinticinco años.

Por otra parte, las leyes obligaban al menor á que pidiese curador, y si no lo verificaba, podían pedirle los interesados: para comparecer en juicio civil ó criminal, *præterquam in litem*, como díce el texto (2); para darse en arrogacion (3); para cobrar una deuda, libertando al deudor (4); y, como caso el más trascendental comprendido en la restriccion anterior, para recibir y aprobar las cuentas de su tutor, quien debía amonestarle para que le pidiera (5), y dirigirse al magistrado si el menor se resistía (6); bien entendido que no cesaba en sus funciones hasta que se nombrase curador (7).

Combinando todas estas disposiciones, resultaba que tenía curador:

Desde luego todo menor que hubiera estado en tutela; porque, si áun despues de la pubertad no podía recibir las cuentas y libertar al tutor sin nombrarle un curador, tampoco podría libertar á éste, entregándose de su patrimonio. Así dice Ulpiano que *los menores de veinticinco años no tienen completa capacidad; y por eso hasta aquella edad son regidos por curadores, sin que ántes de llegar á ella se les confie la administracion, excepto raras veces por medio de la venia de edad* (8); y Gayo á su vez que *concluidos los años de la impubertad, comienza á pertenecer la direccion de los menores á los curadores, y los menores de edad hasta los veinticinco años cumplidos están bajo curadores* (9).

Además, los que nunca estuvieron sometidos á tutela por haber quedado huérfanos despues de ser púberos, pero cuyos padres les nombraron curadores.

Luego únicamente se hallarían sin curador aquellos que de una parte no hubieran quedado huérfanos hasta despues de

(1) D., III, 3, 43, § 3; XXVI, 5, 13, § 2; y 6, 2, § 4 y 5.—C. V, 31, 6.
(2) C., III, 6, 2; V, 31, 1; y 59, 14; VII, 62, 10.
(3) *Inst.*, I, 7, § 8; D., I, 7, 8.—C. V, 59, 5.
(4) D., IV, 4, 7, § 2, y 32.—C. V. 31, 7.
(5) D., XXVI, 7, 5, § 5.
(6) C. V, 31, 7.
(7) D., XXVI, 7, 33, § 1.
(8) D., IV, 4, 1, § 2 y 3.
(9) *Epitome*, I, 8.

ser ya púberos, y por otra, no le recibieran de sus ascendientes. Por más que este caso debería ser muy excepcional, nos ocuparémos de la condicion jurídica de los menores segun tuvieran ó no curador.

1.° Todo menor, aunque esté bajo curaduría, puede sin consentimiento del curador celebrar esponsales, contraer nupcias, otorgar últimas voluntades y practicar los actos jurídicos que hagan mejor su condicion.

2.° Por regla general se le reconocía capacidad para obligarse áun al púbero que estuviera en curaduría ó en patria potestad (1), si bien al que tenía curador no se le confiaba la administracion de sus bienes (2); pero esta doctrina de las Pandectas se halla en nuestro juicio modificada por una constitucion de Diocleciano, segun la cual, si el menor tiene curador, el contrato es ineficaz cuando no ha mediado el consentimiento de éste; y si no tiene curador, el contrato es válido aunque sujeto á la restitucion *in integrum* (3).

3.° Aunque el menor tenga curador, éste no interpone su *autoridad* en los negocios de aquél: no necesita concurrir al acto mismo para suplir la falta de inteligencia de su protegido, á quien la ley persiste en considerar capaz: basta que preste su *consentimiento* despues de verificado, porque no constituye parte del acto, mejor dicho, porque la institucion de la tutela pertenece al derecho antiguo, que exigía la unidad en los actos jurídicos, y la curaduría de los menores corresponde al derecho nuevo, ménos formulario.

4.° Bien se halle ó nó en curaduría, ni él ni su curador pueden enajenar ni hipotecar sin decreto del magistrado los bienes inmuebles (4).

5.° Finalmente, el menor puede utilizar el beneficio de la restitucion *in integrum* contra los actos jurídicos que le perjudiquen, bien los haya ejecutado él mismo ó su curador, segun expondrémos en el Tít. 6.° del Libro IV.

(1) D., XLIV, 7, 43; XLV, 1, 101 y 141.

(2) D., IV, 4, 1, § 3.

(3) C. II, 22, 3.—Nos parece vano el empeño de conciliar esta resolucion de Diocleciano con las leyes del Digesto citadas, cuando una de ellas dice terminantemente: *Pubéres sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* (D., XLV, 1, 101). Para desvirtuar lo absoluto de esta regla, se propone anteponer la palabra *non* á *possunt*; sustituir *obligare* á *obligari*; suponer que la ley se refiere á los menores sin curadores, ó al caso en que obligan sus personas pero no su patrimonio; ó á las obligaciones que no envuelvan enajenacion; ó á que el curador no necesita interponer su autoridad como el tutor. Creemos más sencillo y exacto reconocer que la opinion había cambiado; que el Emperador mantiene los antiguos principios cuando el menor carece de curador; y que los deroga respecto de aquél que se encuentra bajo curaduría, al cual explícitamente le asimila al pródigo entredicho, cuyas obligaciones son ineficaces.

(4) D., XXVII, 9, 1.—C. V, 71, 4; 6, 9, 15 y 16.

(D) *Casos en que termina la curaduría de los menores.*

Termina esta curaduría por las mismas causas que ponen fin á la tutela, equivaliendo la edad de veinticinco años á la de doce ó catorce (1), y cuando el menor obtiene dispensa de edad, *venia ætatis*. Esta gracia podían conseguirla del Emperador, despues de cumplir veinte años los varones y diez y ocho las mujeres : ella les equiparaba á los mayores; y, como tales, no gozaban del beneficio de restitucion *in integrum*, pero carecían de facultad para enajenar é hipotecar los bienes inmuebles (2).

3.° Curaduría de los furiosos y pródigos.

§ 3. *Furiosi quoque et prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege Duodecim Tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætor, et in provinciis præsides ex inquisitione eis dare curatores.*

Para el cuidado del *furioso* y del *pródigo* se estableció la primera clase de la curaduría conocida en Roma por la razon que arriba expusimos (pág. 195).

La sencilla indicacion que el texto contiene presenta como sometidos á unas mismas reglas la curaduría de ambos; pero conviene exponerlas separadamente, porque ofrecen diferencias en sus detalles.

(A) *Curaduría del furioso.*

Era ley de las XII Tablas : *Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (3). Vemos en esta ley una comprobacion de que las primitivas instituciones tutelares tenían por principal objeto conservar en las familias los bienes *ne dilapidarentur*. Por esto se defirió la curaduría del furioso á los agnados y en su defecto á los gentiles, ó sea á las dos esferas familiares. Por esto tambien no se confiere al curador una simple direccion, sino una *potestad:* se le estima *domini loco* ; y en su virtud se le reconocía derecho para enajenar los bienes del furioso en cuanto fuera conducente á la buena administracion, si bien no podía manumitir ó donar, á no ser que el magistrado estimase el acto de grande utilidad para el furioso (4). La ley decenviral no se entendió aplicable al pupilo y más tarde al menor de veinticinco años

(1) D., IV, 4, 1, § 2 y 3.
(2) C. II, 45 y VII, 62, 10.
(3) Ciceron, *De invent.* II, 50.
(4) Gayo, II, 64.—D., XXVII, 10, 10 y 17; XLVII, 2, 56. § 4.

que se halláran sujetos respectivamente á la tutela ó curaduría ordinaria (1).

A medida que se relajó la primitiva constitucion familiar, variaron las personas llamadas á ejercer esta curaduría y sus facultades.

Respecto á las personas, no se deroga abiertamente la base antigua: sigue considerándose el agnado curador nato del furioso, de suerte que el padre no puede, en principio, nombrar curador para su hijo furioso; mas, si lo hace, el magistrado debe respetar la voluntad paterna (2). Aunque el padre no le nombre, si el agnado carece de aptitud para el desempeño del cargo, será curador, sí, pero el magistrado nombrará otro curador que administre (3). Por último, á falta de agnado proveerá el magistrado de curador (4), cerciorándose préviamente de que hay verdadera necesidad, porque muchas veces la demencia ó el furor son fingidos (5).

Las funciones del curador son cuidar no sólo del patrimonio, sino de la salud corporal y mental del furioso (6). Relativamente al patrimonio, administra en nombre propio; porque el furioso carece absolutamente del ejercicio de la capacidad jurídica, si bien son válidos los actos que ejecute en lúcidos intervalos (7); pero *aunque el curador sea agnado del furioso*, no puede vender ni hipotecar los bienes de éste (8).

Termina esta curaduría *ipso jure* tan pronto como el furioso recobra la salud (9). Era cuestionable si cesaba tambien durante los intervalos lúcidos; Justiniano decidió que continuase el curador, sin perjuicio de ser válidos los actos que aquél ejecutase en completa lucidez (10).

(B) *Curaduría del pródigo.*

Ulpiano traza la historia de esta curaduría con la precision y claridad que le es habitual. Por la ley de las XII Tablas, nos dice, se veda al pródigo la administracion de sus bienes, lo cual se introdujo por costumbre desde el principio; pero hoy los Pretores y Presidentes suelen dar curador, á ejemplo del furioso, cuando aparece un hombre que *neque tempus ne-*

(1) D., XXVI, 1, 3, pr. y § 1.—C. V, 70, 1.
(2) D, XXVII, 10, 16, pr.—C. V, 70, 7, § 5.
(3) D., XXVI, 5, 8, § 3; y XXVII, 10, 13.
(4) C., V, 4, 27.
(5) D., XXVII, 10, 6.
(6) D, XXVII, 10, 7, pr
(7) Gayo, II, 106.—D., XXIX, 3, 22, § 7; XXIX, 2, 63; XLV, 7, 1, § 12; XLVI, 1, 70, § 4; y L, 17, 5 y 40.—C. IV, 38, 2, pr.; y V, 70, 7, § 3.
(8) D., XXVII, 9, 8, § 1.—C. V, 70, 2.
(9) D., XXVII, 10, 1, pr.
(10) C., V, 70, 6.

que finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit (1).

Este breve pasaje marca distintamente los tres períodos de la curaduría del pródigo, á saber: su *orígen,* en la costumbre; su *sancion legal*, en las XII Tablas; su *desenvolvimiento,* en la jurisprudencia. Detengámonos un momento en cada uno de ellos.

Debió su orígen á la costumbre. Es una nueva prueba de la intervencion que cada *gens* ejercía sobre el recto uso de los derechos por parte de sus individuos para conservar el honor y bienestar de las familias que respectivamente la componían. De la propia suerte que modera el rigor excesivo del padre, toma parte en la arrogacion y en el testamento, socorre al miembro que necesita de auxilio, etc.; evita igualmente, por medio de la curaduría, que sean víctimas de la indigencia los hijos cuyo padre se entrega á una disipacion insensata (2).

Las XII Tablas elevan á ley esta costumbre hija del interes familiar, autorizando al magistrado para privar de la administracion de sus bienes al reconocido como pródigo y encargarla á los agnados y gentiles. Paulo nos ha trasmitido la fórmula que al efecto usaba el Pretor: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatum perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (3). De esta fórmula resulta que solamente se consideraba pródigo al que disipaba los bienes heredados *abintestato* de sus ascendientes, el patrimonio familiar cuya conservacion interesaba á las *gentes* para perpetuarse (4).

Por último, en tiempo de Ulpiano las instituciones tutelares ya no eran un medio de procurar los intereses de las *gentes*, que nadie recordaba, sino los del individuo; por eso habían cambiado ya los sugetos á quienes se denomina pródigos, ya las personas encargadas de su curaduría. Fué considerado *pródigo* el que malversaba los bienes heredados tanto *abintestato* como *ex testamento* (5); y con el tiempo, todo el que disipaba su fortuna de cualquier modo adquirida (6). Con relacion á las personas llamadas para ejercer la curaduría, se conserva el antiguo principio de que el agnado es curador nato del pupilo; pero debe respetarse ante todo el nombramiento del padre (7); en su defecto, vendrá el agnado, sin perjuicio

(1) D., XXVII, 10, 1, pr.
(2) *Historia*, pág. 19.
(3) Paulo, III, 4, 7.
(4) Ciceron, *De senectute*, 7.—Valerio Máximo. III, 5, 2.
(5) Ulpiano, XII, 3.
(6) D., XXVI, 5, 12, § 2; y XXVII, 10, 1.
(7) D., XXVII, 10, 16, § 1.

de que el Pretor nombre un curador que administre, si aquél no es apto (1); y si faltan curador testamentario y legítimo, el magistrado le nombra, segun nos dice el texto y el jurisconsulto.

Aunque en general se equipare el pródigo al furioso (2), no es en realidad idéntica la condicion jurídica de ambos. El furioso no es considerado en un estado permanente de incapacidad, y por tanto hemos visto que, si bien permanece bajo curador miéntras no recobra completamente su salud, puede ejecutar válidamente actos jurídicos en los intervalos lúcidos. Por el contrario, al pródigo se le considera con inteligencia, pero deficiente, como al impúbero mayor de la infancia; por eso puede en todo tiempo mejorar su condicion, obligando á otro sin obligarse él (3) y aceptar una herencia (4); pero nó practicar actos onerosos (5).

Esta curaduría termina *ipso jure* tan luego como el pródigo mejore de costumbres, cuando *sanos mores receperit* (6).

4.° OTROS DIVERSOS CASOS DE CURADURÍA.

Resumiendo los múltiples casos de curaduría, podemos decir que se recurría á ella ya para custodiar ciertos bienes cuyo dominio era eventual, ya para administrar los bienes cuyo dueño no era posible ó decoroso que administrase por sí mismo, ya para suplir á los tutores.

(A) *Para custodiar bienes cuyo dominio era eventual.*

1.° A fin de salvar los intereses del concebido y no nacido todavía, el magistrado le acordaba la posesion de la herencia á la cual tenía un derecho eventual, y que le correspondería definitivamente cuando naciese: de custodiar estos bienes y prestar alimentos á la madre se encargaba un curador, *ventris nomine*, bajo las reglas que se establecen en el Título 9.°, Libro XXVII del *Digesto.*

2.° Cuando, tratándose de la sucesion de los ascendientes, se negaba á un impúbero la calidad de descendiente legítimo ó adoptivo, podía conseguir la posesion de su parte hereditaria, como si tuviera verdadero derecho, hasta que, llegado á la pubertad, se ventilase y decidiese la cuestion sobre su estado, *ex Carboniano edicto.* Tambien procedía en este caso el nombramiento de un curador (7).

3.° Miéntras las personas llamadas á heredar deliberaban

(1) D., XXVII, 10, 13. (2) D., L, 17, 40. (3) D., XLV, 1, 6. (4) D., XXVII, 2, 3, §1; y 10, 10, pr.; XXIX, 2, 5, § 1. (5) D., XLV, 1,6. (6) D., XXVII, 10, 1, pr. (7) D., XXVII, 10.

sobre la aceptacion de la herencia, podía nombrarse un curador que guardára los bienes relictos, para garantir el derecho ya de los demas herederos, ya el de los acreedores hereditarios (1).

(B) *Para administrar bienes cuyo dueño no es posible ó decoroso que administre.*

Carecían de aptitud natural para manejar sus negocios, y por consiguiente necesitaban un curador que se encargase de la administracion :

1.º Los que padecían una enfermedad perpétua; como los mentecaptos, sordos y mudos (2), segun nos dice el

§ 4. *Sed et mente-captis et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

2.º Aunque accidentalmente, se encontraban en igual situacíon los que habían caido prisioneros : sus parientes (3) ó sus acreedores (4) podían pedir curador para que los bienes no desapareciesen (5).

Carecían de aptitud legal los sometidos á patria potestad; y por tanto necesitaban curador :

1.º El hijo de familias, menor de edad, que acepta una herencia de cuya administracion no quiere hacerse cargo el padre (6).

2.º El hijo de familias para los bienes que se le dejan bajo condicion de que el padre no ha de tener usufructo sobre ellos (7).

Por último, no estimándose decoroso que para satisfacer á los acreedores se vendieran los bienes en nombre de su dueño, cuando éste pertenecía á una categoría social elevada, se nombraba un curador que procediese á su venta (8).

(C) *Para suplir al tutor.*

§ 5. *Interdum autem et pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus, quia habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a prætore, vel a præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei*

(1) D., XXVII, 10, 3 y XLII, 4, 8 y 9.
(2) D., XXVI, 5, 8, § 3; 12, pr.; XXVII, 10, 2.
(3) C., VIII, 51, 3.
(4) D., XLII, 4, 6, § 2.
(5) D., IV, 6, 15, pr.; XXVI, 1, 6, al fin.
(6) C., VI, 61, 8, § 1.
(7) Nov. CXVII, cap. 1.
(8) D., XXVII, 10, 5 y 9.

curator adjungi. Item in locum tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.

Al que tiene padre ó tutor no puede darse otro tutor, *patrem vel tutorem habenti tutor non datur*. Por eso hemos visto que cuando el padre no administra ciertos bienes de su hijo, se le nombra curador; y por la misma razon se apela tambien á la curaduría en el caso de que el huérfano tenga ya un tutor:

1.° Cuando ha de concluirse un acto jurídico entre el pupilo y el tutor, ó éste se excusa ó constituye por breve tiempo en la imposibilidad de ejercer el cargo; v. gr., es desterrado (1).

2.° Miéntras se sustancia el expediente de excusa ó remocion del tutor (2).

3.° Si el tutor padece alguna enfermedad de tal naturaleza que no le sirva para declinar el cargo, pero tampoco le permita en el momento ocuparse de negocios (3).

4.° Cuando el tutor se muestra negligente, sin que sus actos den márgen á separarle por sospechoso (4).

5.° Cuando el tutor es pariente ó patrono del pupilo y aparece digno de ser removido; porque se prefiere asociarle un curador á removerle con nota desfavorable (5).

El curador dado al pupilo cesa cuando éste llega á la pubertad; y áun miéntras ejerce, se hace indispensable dar tutor al impúbero si se ofrecen actos en que es necesario *interponer la autoridad*, porque la del curador no sirve al efecto; v. gr., si ha de adir una herencia (6).

Aparte de los casos mencionados, y aunque el tutor reuna todas las condiciones para ser un buen administrador, su edad, dignidad, estado de salud, extension de la tutela ú otros motivos pueden impedirle consagrarse á la administracion en sus detalles; entónces propone al magistrado una persona que le ayude, y el magistrado la autoriza, mas por cuenta y riesgo del tutor proponente (7). A esta persona, que Pomponio llama *adjutor tutelæ* y las Instituciones *actor*, se refiere el

§ 6. *Quod si tutor adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit, vel*

(1) D., XXVII, 1, 28, § 2.
(2) D., XLIX, 1, 17, § 1.
(3) D., XXVII, 1, 10, § 8; 11, y 12, pr.
(4) D., XXVII, 2, 6.
(5) D., XXVI, 10, 9.
(6) D., XLIX, 1, 17.—C. V, 44, 5.
(7) D., XXVI, 1, 13; y 7, 24.

infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius (1), *prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.*

La redaccion del texto pudiera inducirnos al error de creer que sólo procede el nombramiento del *adjutor tutelæ* cuando el pupilo sea infante ó se halle ausente. No es esto lo que se propuso decir, sino que únicamente hay necesidad de acudir al magistrado cuando el pupilo sea infante ó se halle ausente; porque si es mayor de la infancia y está presente, el mismo pupilo, autorizado por su tutor, constituirá un procurador ó mandatario, sin tener que solicitar para ello un decreto del magistrado (2).

5.° Atribuciones y responsabilidad de los curadores. Al curador del furioso, pródigo y pupilo se le confiere *la administracion;* al nombrado para los bienes y *ventris nomine,* solamente *la custodia* y la venta de los objetos sujetos á deterioro (3). La administracion del primero se encuentra sometida á las mismas reglas establecidas para la tutela de los impúberos; y terminada la curaduría, proceden idénticas reclamaciones entre los interesados y el curador (4), quedando los bienes de éste hipotecados á las resultas de la gestion (5). La mision del segundo es considerada como un mandato ordinario: por eso la ley reconoce el *jus exigendi* en favor de aquéllos á quienes se da curador *quasi debilibus vel prodigis*, y lo niega cuando se ha dado para los bienes de un ausente, ó para una herencia no adida, ó al vientre si no se verifica el nacimiento (6).

Respecto á las acciones, los epígrafes de los Títulos 3 y 4, Libro XXVII del *Digesto*, parecen dar á entender que pueden intentarse las *utiles tutelæ directa y contraria.* Sin embargo, las disposiciones concretas de los textos otorgan contra el curador, nó la *tutelæ* ni la *protutelæ*, sino la *negotiorum gestorum* (7), que puede ser entablada áun ántes de terminar el curador su cometido (8); si bien cuando tiene por objeto pedir las cuentas de la administracion, no procede hasta despues de concluida la curaduría (9). Viceversa, á los curadores de toda clase corresponde la *tutelæ contraria* (10).

(1) C., *Periculo tutoris.*
(2) D., XXVI, 7, 22, pr.
(3) D., XXVI, 7, 48.
(4) Títulos 7 y 9, libro XXVII del Digesto.—37 á 43, 51 y 71 á 74 del Código.
(5) C., IV, 53; V, 37, 20; y 7, 7 § 5 y 6.
(6) D., XXVII, 10, 15 y XLII, 5, 19 á 24.
(7) D., XXVII, 3, 4, § 3; 13; id. 5, 1, § 7.—C., II, 19, 17 y V, 51, 7.
(8) D., XXVI, 7, 26, y XXVII, 3, 4, § 3; id. 4, 1, § 3; y 16, § 1,
(9) C., V, 37, 2 y 14.
(10) D., XXVII, 4, 1, § 2.

TÍTULO XXIV.

DE LA CAUCION QUE DEBEN PRESTAR LOS TUTORES Ó CURADORES.

1.° Doctrinas comunes á la tutela y curaduría.—2.° Género de garantía que deben prestar los tutores ó curadores: su razon: cómo y con qué efectos se constituye.—3.° Qué tutores ó curadores tienen ó nó el deber de prestar fianzas.—4.° De quiénes puede hacerse efectiva la responsabilidad de los tutores y curadores.—5.° Medios que se emplean para obtener la caucion del tutor ó curador.

1.° DOCTRINAS COMUNES Á LA TUTELA Y CURADURÍA.

En los Títulos que preceden ha tratado Justiniano con separacion las doctrinas que son propias de la tutela y curaduría, dejando para los tres últimos del Libro las que son comunes á las dos instituciones: 1.ª Garantía con que debe asegurarse el ejercicio del cargo. 2.ª Causas que impiden ejercerle ó autorizan para declinarle. 3.ª Motivos por los cuales procede la remocion como sospechoso. Vengamos á la primera, objeto del presente.

2.° GÉNERO DE GARANTÍA QUE DEBEN PRESTAR LOS TUTORES Ó CURADORES: SU RAZON: CÓMO Y CON QUÉ EFECTOS SE CONSTITUYE.

§ inicial. *Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consummantur, aut* (1) *deminuantur, curat prætor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent.*

Para que no sufran menoscabo los intereses de las personas sometidas á la tutela ó curaduría, cuida el Pretor que los tutores y curadores *satisdent.* Tal es el principio general que copiado de Gayo (2) consignan las Instituciones al frente de este Título. Era natural que el Estado procurase asegurar las resultas de una administracion que él organiza é impone á personas cuyo discernimiento no es completo; y toda vez que las leyes no habían establecido la obligacion de afianzar (3), el Pretor se encargó de llenar este vacío, imponiéndoles el deber que el texto indica.

Satisdare (*satis dare*), dice Gayo, es dar seguridades por

(1) C. *vel.* (2) I, 199. (3) *Inst.* I, 20, § 3.

medio de fiadores acerca de aquello que se nos pide; como *satisfacere (satis facere)* es llenar los deseos de alguno. Verdad es que tambien se denominaba *satisdatio* la simple promesa con la cual se daba por contento aquél á quien se debía la *satisdatio* (1) y la constitucion de la prenda ó hipoteca (2); pero las garantías exigidas por el Pretor debían darse precisamente por medio de fiadores, sin que bastára ofrecer prendas ni depositar sumas en dinero (3). Unicamente se admitía que pudiesen consistir en prendas cuando se trataba de responsabilidades que tuvieran una extension determinada; v. g., la de aportar á la herencia los bienes colacionables (4), circunstancia que no concurría en el caso presente, porque no era posible prever el daño que los tutores ó curadores podían ocasionar durante su prolongada administracion (5).

Debían constituir esta garantía los tutores y los curadores, bien se diesen éstos á púberos ó impúberos, furiosos, pródigos ó demas personas incapaces (6) y ora se les confiasen todos los bienes, ó sólo negocios determinados (7).

Para constituirla se estipulaba primeramente del tutor ó curador, y despues de los fiadores *rem pupilli, vel adolescentis, salvam fore*. Tratándose de un tutor, debía hacer la pregunta el pupilo, si era mayor de la infancia y estaba presente; faltando alguna de estas condiciones, un esclavo de su propiedad; si no tenía esclavo, debía comprársele; si no era fácil comprarle, un esclavo público; y en defecto de éste, el mismo magistrado (8). En caso de curaduría, preguntaba el menor, el pródigo ó una persona sometida á la potestad del incapaz, como un hijo de familia (9).

Cuando estipulaba personalmente el interesado ó individuo sujeto á su poder, adquiría una accion *directa* para reclamar el cumplimiento de la promesa (10); pero si lo hacía un esclavo público ó el magistrado, se le concedía una accion *útil* al efecto (11).

Antes de prestar fianza no podían administrar los tutores

(1) D., L, 16, 61.
(2) D., XLVI, 3, 49.
(3) D., XLVI, 5, 7.
(4) D., XXXVII, 6, 1, § 9.
(5) Los romanos desconocieron las ingeniosas combinaciones modernas, mediante las cuales se hace posible reducir considerablemente los abusos de la administracion, sin que el tutor ó curador cesen un momento en el ejercicio de su cargo.
(6) D., XLVI, 6, 4, § 8.
(7) D., XLVI, 6, 8.
(8) D., XXVII, 8, 1, § 15; XLVI, 6, 2 y 3.
(9) D., XLVI, 6, 5.
(10) D., XLVI, 6, 6.
(11) D., XXVII, 8, 1, § 16.

y curadores; y si lo verificaban, eran nulos sus actos *ipso jure*, á no tratarse de aquellos que no admiten dilacion (1).

3.° Qué tutores y curadores tienen ó nó el deber de prestar fianzas.

§ inicial (continuacion). *Sed hoc non est perpetuum. Nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.*

A continuacion de la regla general, segun la cual debían afianzar todos los tutores y curadores, inserta el párrafo dos excepciones, que comprenden la mayoría de los casos; en términos que la regla general viene á convertirse en excepcion. Veámoslo.

Testamentarios. Que éstos no pueden ser compelidos á dar caucion *certo certius est*, dice Ulpiano (2), aunque el nombramiento del padre tenga algun defecto que haga necesaria la confirmacion (3); porque su aptitud y demas circunstancias constan por la eleccion que de ellos ha hecho la persona más interesada y conocedora de las necesidades del incapaz.

Legítimos. Todos ellos tienen obligacion de afianzar. No se exceptuaban en absoluto ni áun los patronos encargados de sus libertos, si bien el Pretor podía relevarlos, atendidas las condiciones personales y la importancia de la tutela (4). No se guardaba esta deferencia con el patrono á quien el testador hubiera instituido bajo condicion de que manumitiese á un impúbero, y no había querido adir la herencia hasta ser compelido judicialmente (5).

Dativos. De entre éstos, los nombrados por magistrados mayores no afianzan *quia idonei electi sunt*, porque han sido elegidos prévia inquisicion: viceversa, los que segun el derecho novísimo eran nombrados por los magistrados municipales (pág. 169) debían prestar fianzas.

En resúmen: la obligacion de prestar fianzas se limitó á los legítimos y á los dados por magistrados municipales, quedando exentos de ella los testamentarios y los dados por magistrados superiores.

El sistema romano sobre esta materia respondía á deseos que no era fácil conciliar. Quería, por una parte, que la ad-

(1) C. V, 42, 1, 3 y 5. (2) D., XXVI, 2, 17, pr. (3) D., XXVI, 3, 3.
(4) D., XXVI, 4, 5, § 1. (5) D., XXVI, 5, 13, § 1.

ministracion de la tutela y curaduría estuviese garantida; y por otra, persistiendo en que el cargo había de ser gratuito, no podía mostrarse demasiado exigente. Relevó en su consecuencia á todos los *testamentarios* para no privarse de la persona más conveniente al incapacitado. Fué inexorable con los *legítimos*; porque el parentesco no es suficiente garantía, y el tutor de esta clase podía ser fácilmente reemplazado por otro que nombrase el magistrado. Siendo, finalmente, los dativos el último recurso, se vió en la necesidad de suplir con la inquisicion la fianza cuantiosa y difícil de obtener cuando se trataba de administrar patrimonios considerables; y limitó su rigor á los encargados de fortunas poco importantes, ó sea, á los nombrados por magistrados municipales, porque no podían alegar imposibilidad de presentar fiadores para sumas limitadísimas.

Tales eran la regla general y sus excepciones: había, sin embargo, casos de contra-excepcion en que los relevados de fianza se veían comprometidos en cierta manera á prestarla, mediante la *provocatio* de sus compañeros en el cargo, segun se consigna en el

§ 1. *Sed et, si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis, et contutori vel concuratori præferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens præponatur ei, et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore, vel concuratore suo; sed offerre debet, ut electionem det contutori* (1) *suo, utrum velit satis accipere, an satis dare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat ille gerere debet; quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet: ut edicto prætoris cavetur. Si autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, prætor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fieret* (2).

Cuando alguno de ellos, nos dice Ulpiano, ofrecía *satisdatio* para administrar solo, debía ser oido, y el Pretor comunicaba á los demas la pretension. Si éstos se hallaban tambien dispuestos á dar fianzas, no podían ser excluidos de la administracion por la oferta de uno; sino que, completa la fianza por todos los que á ella se prestasen, todos ellos admi-

(1) C. vel *concuratori*.
(2) VULGO *fiat*.

nistraban, quedando de este modo seguro el que prefería *satis accipere* á tomar parte en la administracion (1). Este principio, sin embargo, no era inflexible, porque en su aplicacion quedaba suma latitud al magistrado. No siempre se prefería al que ofrecía fianzas, si las circunstancias personales eran desfavorables; ni siempre se privaba de la administracion á los que no las ofrecían, cuando sus cualidades personales les recomendaban (2); ni cuando muchos ofrecían caucion administraban todos ellos, ántes bien, debía preferirse al más idóneo, tomando en cuenta las condiciones de los tutores y de los fiadores (3); en suma, debía procederse con arreglo á las circunstancias de los que ofrecían fianzas y de los demas (4).

Aunque esta *provocatio* podia establecerse entre los varios testamentarios ó dativos (5), se admitia con dificultad entre los patronos; porque teniendo todos ellos derecho de sucesion al liberto impúbero, podía el patrono que administrase perjudicar á los restantes (6).

Por lo demás, nunca podía suscitarse por los que no fueran tutores. Cuando ninguno de ellos ofrecía fianzas, no podía un extraño pretender que ó los tutores afianzasen, ó él ejercería la tutela prévia fianza; porque ni debía confiarse la tutela al no llamado, ni compeler á los testamentarios contra derecho (7).

A quién debía confiarse la administracion cuando, siendo varios tutores, conviniera no dividirla, ya lo expusimos en el Título XXI, núm. 8.

4.° De quiénes puede hacerse efectiva la responsabilidad de los tutores y curadores.

§ 2. *Sciendum est autem, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione* (8) *teneri; sed etiam in eos, qui satisdationes accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisdare non curaverint* (9), *aut non idonee passi essent* (10) *caveri.*

(1) D., XXVI, 2, 17, pr.
(2) D., XXVI, 2, 17, § 1.
(3) D., XXVI, 2, 18.
(4) D., XXVI, 2, 17, § 2.
(5) D., XLVI, 6, 7.
(6) D., XXVI, 2, 19 § 1; y 3, 5, § 2 y siguientes.
(7) D., XXVI, 2, 19.
(8) C. *rerum.*
(9) C. *satisdari non curaverunt.*
(10) C. *sunt.*

§ 4. *Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quis alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

Las personas sometidas á tutela ó curaduría pueden hacer efectiva la responsabilidad de su tutor ó curador, ora por accion *directa*, ora por accion *útil*.

A) *Accion directa:*

Prestada la caucion *rem salvam fore*, pueden dirigirse contra el tutor, curador, respectivos fiadores y sus herederos, reclamando el todo ya de los primeros ya de los segundos, ó dividir entre ellos la reclamacion (1), y sin que los fiadores de un mismo tutor gocen entre sí del beneficio de *division* que generalmente se concede á los obligados en tal concepto (2); pero sí tendrán en su favor las mismas reclamaciones que al tutor correspondian (3). Se entiende que son fiadores, no sólo aquellos que se constituyeron tales, mediante una estipulacion formal, sino tambien los que, propuestos por el tutor, consintieron, hallándose presentes, que sus nombres se consignáran en el acta (4). Eran asimismo responsables los que aseguraron la solvencia y aptitud del tutor, *adfirmatores* (5) y los que le propusieron al magistrado, *postulatores* (6).

Son objeto de esta reclamacion, no sólo la integridad del patrimonio, sino todas las responsabilidades que provengan de no haberse llenado las obligaciones impuestas á los tutores y curadores, y para cuyo cumplimiento se da la accion *tutelæ* (7). Así, puede pedirse contra los que administraron y sus fiadores los perjuicios de no haberse formado inventario (8) y los intereses por el tiempo transcurrido sin restituir los bienes al que estuvo en tutela ó curaduría (9). Mas no procede en los casos y para los objetos en que no se otorga la accion *tutelæ* (10); por consecuencia, no puede entablarse contra el que no administró (11), ni para la responsabilidad en que haya incurrido el tutor desempeñando negocios despues de la puber-

(1) D., XLVI, 6, 4; § 2.—C. V, 47, 1
(2) D., XLVI, 6, 12.
(3) D., XXVII, 7, 5.
(4) D., XXVII, 7, 4, § 3.
(5) D., XXVII, 7, 4, § 3.
(6) D, XXVII, 7, 2. —C. V, 75, 4 y 5.
(7) D., XXVI, 6, 9, y 11.
(8) D., XXVI, 7, 32.
(9) D., XXVII, 7, 3, y XLVI, 6, 10.
(10) D., XLVI, 6, 4, § 6.
(11) D., XLVI, 6, 4, § 3.

tad del huérfano innecesariamente y por mera voluntad (1).

La accion que al efecto debe ejercitarse, la *ex stipulatu*, no puede ser deducida hasta despues de terminada la tutela, si se trata de un tutor (2); pero cuando es referente á un curador, puede entablarse siempre que ocurra un daño que deba repararse, aunque continúe la curaduría (3). Era cuestionable si procedía cuando el tutor había caido prisionero; porque en realidad, si bien habia concluido la tutela, podía recuperarse; prevaleció, sin embargo, la afirmativa (4).

(B) *Accion útil.*

Por un senadoconsulto del tiempo de Trajano se estableció subsidiariamente una accion *útil* contra los magistrados municipales, *tutorum nominatores*, para el caso en que, terminada la administracion, fueran insolventes los tutores y sus fiadores (5).

Sobre esta accion debemos examinar: á quién se concedía, contra quiénes procedía; cuándo podía ejercitarse, y qué podia reclamarse por ella.

Se *concedía* á los pupilos y á sus sucesores (6). Disputábase si podría utilizarla igualmente el cotutor que se viera obligado á pagar por no haberse exigido caucion á su compañero. En general se le denegaba, ya porque el senadoconsulto había sido dado en auxilio del pupilo, ya porque el cotutor pudo exigir que caucionase su colega; pero si la falta de fianza no le era imputable, se le otorgaba la reclamacion (7).

Procedía:

(*a*) Contra los magistrados municipales: 1.° Si no proveyeron absolutamente de tutor ó curador, á pesar de haber recibido el encargo para darlos. El magistrado respondía de los daños que resultasen al pupilo ó menor durante el tiempo que carecieron de tutor ó curador (8). 2.° Si dieron tutor idóneo, pero no le exigieron fianzas, ó aceptaron por fiador al que no era solvente; mas nó si ambos ofrecian garantía, aunque despues sufrieran quebranto los intereses del tutor ó fiador, porque el magistrado no debe responder al pupilo de los casos fortuitos (9). Por lo demás, no incumbe al pupilo la obligacion de probar que los fiadores eran insolventes cuando se

(1) D., XXVI, 7, 46, § 4.
(2) D., XLVI, 6, 1.
(3) D., XXVII, 3, 16, y XLVI, 6, 4, § 4; y 16.
(4) D., XLVI, 6, 4, § 5.
(5) C. V, 75, 5.
(6) D., XXVII, 8, 1, § 4.
(7) D., XXVII, 8, 2 y 3.
(8) D., XXVII, 8, 1, § 6.
(9) D., XXVII, 8, 1, § 11.

constituyeron, sino que el magistrado debe acreditar la solvencia de aquéllos (1). 3.° Si resultan culpables por los informes que suministraron á los magistrados superiores acerca de los tutores é idoneidad de sus fiadores, ó en el nombramiento ó constitucion de fianza que se les encomendó (2); bien entendido que no declinan su responsabilidad por haber deferido á sus sucesores la dacion de tutor ó constitucion de la fianza (3).

Esta reclamacion no se entabla contra el *Orden de Decuriones*, sino contra los magistrados, los *Duumviros;* ni contra los fiadores de éstos, que garantizaban al Estado, pero nó á los pupilos (4). Es de notar que aunque ellos hubieran acordado que sólo uno pudiera ser reconvenido, no obstaba para que procediese contra los dos, si bien debía ser demandado primeramente el que se convino á ello (5). Si ambos *Duumviros* eran solventes, podían obtener el beneficio de division (6): esta regla que en general consigna el Código, se halla modificada en las Pandectas, reconociendo el beneficio de division cuando eran responsables por culpa, pero nó por dolo (7).

Para evitar confusion, debemos, por último, advertir que es demasiado absoluta la doctrina del texto segun la cual no puede intentarse esta accion contra ningun magistrado á que se hubiera otorgado el derecho de dar tutor. El principio es cierto tratándose de magistrados superiores, el Pretor ó Presidente, porque éstos daban comision de inquirir los bienes del tutor y de recibir la fianza á un subalterno, *Scriba*, que era el responsable (8); pero nó respecto á los magistrados municipales que últimamente pudieron dar tutor, si bien dentro de modesta esfera, como ya sabemos.

(*b*) Contra los herederos de los magistrados. Podía dudarse si el heredero del magistrado era responsable; ya porque no sucediéndole en el cargo, parece que no debía sucederle en las obligaciones contraidas mediante el ejercicio del mismo; ya porque la reclamacion contra el magistrado parecía tener el carácter de accion penal, que no se da contra los herederos. Prevaleció, sin embargo, la afirmativa, pero solamente cuando el magistrado no exigió fiador, ó admitió al que notoriamente

(1) D., XXVII, 8, 1, § 13.
(2) D., XXVI, 3, 5; y XXVII, 8, 1, § 2, 3, 5 y 8.
(3) D., XXVII, 8, 1, § 7.
(4) D., XXVII, 8, 1, pr.
(5) D., XXVII, 8, 1, § 9.
(6) C. V, 75, 3.
(7) D., XXVII, 8, 7.
(8) D., XXVII, 8, 1, § 1.

carecía de idoneidad (1); la razon era que no debía equipararse al heredero del magistrado ni con éste ni con el heredero del tutor. Así, el magistrado respondía de todo daño: el heredero del tutor, de la negligencia de su antecesor, y el heredero del magistrado, tan sólo del dolo ó de la culpa lata de su causante (2).

(c) Si el magistrado era hijo de familia, procedía contra su jefe doméstico solamente en cuanto alcanzase el peculio del hijo, aunque fuera *decurion* con voluntad de su padre (3).

Podía ejercitarse únicamente cuando faltaba toda otra accion, porque era subsidiaria. No tenía, pues, lugar: 1.° Cuando era posible hacer efectiva la responsabilidad ya de los tutores ó curadores, ya de los fiadores, ya de los herederos de cualquiera de ellos (4). 2.° Cuando habiendo descuidado exigir fianzas, el tutor era solvente el dia en que se entablaba la accion *tutelæ,* aunque despues dejase de serlo (5). 3.° Cuando podía pagar siquiera uno de los tutores obligados *in solidum* por la administracion, aunque ellos se la hubieran dividido por su propia autoridad (6).

Podía reclamarse en virtud de esta accion lo mismo que contra los tutores, porque tendía al mismo fin que la *directa tutelæ* (7); se diferenciaba, sin embargo, de ésta en que el pupilo no tenía privilegio sobre los demas acreedores del magistrado (8).

5.° Medios que se emplean para obtener la caucion del tutor ó curador.

§ 3. *Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperialibus et* (9) *in heredes eorum extenditur; quibus constitutionibus et illud exprimitur, ut, nisi caveant tutores vel curatores, pignoribus captis coërceantur.*

Las leyes autorizaron varios recursos con el fin de hacer efectiva la obligacion de afianzar:

1.° El magistrado empleará los medios más rigurosos para que el tutor acepte su cargo; y si todavía se muestra contu-

(1) D., XXVII, 8, 6.
(2) D., XXVII, 8, 4. — C., V, 75, 2.
(3) D., XXVII, 8, 1, § 17.
(4) C., V, 75, 4.
(5) D., XXVI, 7, 53; y XXVII, 8, 1, § 12.
(6) D., XXVII, 8, 5.
(7) D., XXVII, 8, 9.
(8) D., XXVII, 8, 1, § 14.
(9) C. *etiam.*

maz, puede separarle como sospechoso (1). Verdad es que la remocion supone hallarse ya funcionando el tutor; pero procede tambien cuando se conduce con dolo ó negligencia culpable (2).

2.° Podrá estrechársele á que preste fianza, tomándole prendas, como dice el texto.

3.° Se le removerá *sin infamia* cuando no cumpla este deber por falta de elementos; y *con nota*, cuando dimane de fraude (3).

4.° Si el tutor es hijo de familias, y el padre no quiere dar caucion para libertarle por este medio de la tutela, se obliga al padre á desempeñar el cargo juntamente con el hijo (4).

TÍTULO XXV.

DE LAS EXCUSAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

1.° Diferencia entre la excusa y la incapacidad.—2.° Motivos por los cuales exime la ley de la tutela y curaduría.—3.° Personas relevadas especialmente de la curaduría.—4.° Quiénes no necesitan excusarse. 5.° Quiénes no pueden alegar excusas.—6.° Plazo y forma en que deben hacerse valer las excusas: efectos de su alegacion.—7.° Circunstancias que constituyen incapacidad para ser tutor ó curador.

1.° Diferencia entre la excusa y la incapacidad.

La tutela y la curaduría son un cargo que por regla general tienen derecho y á la vez obligacion de ejercer los designados legalmente al efecto. Como cargo público y de confianza especial, ni todos tienen aptitud para desempeñarle, ni todos ofrecen la necesaria garantía para su buen desempeño: de aquí, las *incapacidades*, ó sean, *las causas que legalmente impiden ejercer el cargo de tutor ó curador*. Como deber gravoso y que supone relaciones cordiales entre el protector y el protegido, la ley no puede prescindir de armonizar su cumplimiento con lo que exigen la equidad, los intereses públicos y la buena reputacion del nombrado; de aquí, las *excusas*, es decir, *los motivos justos en virtud de los cuales las personas que no tienen impedimento legal para ser tutores ó curadores pueden eximirse del cargo.*

Para simplificar esta materia, que las Instituciones expo-

(1) C. V, 43, 3.
(2) D., XXVI, 10, 4, § 4.
(3) C. V, 42, 2.
(4) D., XXVII, 1, 15, § 17.

nen con bastante desórden, nos ocuparémos separadamente de las incapacidades y de las excusas, reduciendo unas y otras al menor número posible de conceptos, á fin de que puedan apreciarse y retenerse con más facilidad.

2.° Motivos por los cuales exime la ley de la tutela y curaduría.

Antiguamente, el desempeño de la tutela era sólo obligatorio para el tutor legítimo; el testamentario podia renunciar á ella, *abdicare* (1): respecto del dativo, las leyes no habían establecido medios de coaccion (2), y podía libertarse proponiendo en su lugar á un pariente más próximo del pupilo hábil para el desempeño del cargo, *potiorem nominare* (3).

Bajo el Imperio, la tutela y curaduría se consideran un cargo público, aunque nó una magistratura (4), y personal (5), á cuyo desempeño puede obligarse (6) como al de los cargos municipales (7), pudiendo removerse como sospechoso al contumaz (8). Desde entónces comenzó á desenvolverse la doctrina de las excusas.

Varias son las clasificaciones que de las excusas presentan los autores. Denomínanlas *perpetuas* ó *temporales*, segun que eximen para siempre, ó sólo por cierto tiempo; *completas* ó *incompletas*, porque dispensen de toda la administracion ó de parte de ella solamente; unas sirven para *no aceptar* el cargo, y otras para *declinarle* aunque se esté ejerciendo; las hay que *deben* ser admitidas tan luego como se prueban, al paso que la admision de otras pende de la *apreciacion* del magistrado; es, por último, muy frecuente calificar de *excusas necesarias* á las *incapacidades* y de *excusas voluntarias* á las verdaderas *excusas*.

Veamos el motivo por el que la ley establece cada una de ellas.

(A) *Evitar un gravámen excesivo en el órden privado.*

1.° Los que tienen tres hijos en Roma, cuatro en Italia y cinco en las provincias (9).

(1) Ulpiano, XI, 17.
(2) *Inst.*, I, 20, § 3.
(3) Paulo, II, 28 y 29.
(4) D., XXVII, 1, 6, § 15.
(5) D., L, 4, 1, § 4; y 18, § 1.
(6) D., XXVII, 7, 1, pr.
(7) D., L, 4, 9.
(8) C. V, 43, 3.
(9) D., XXVII, 1, 2, § 2 y 5; id. id. 45, § 2. — C. V, 66, 1. — Cabe dudarse que en tiempo de Justiniano fuera práctica esta distincion, cuando Roma ya no era la capital, é Italia se había igualado con las provincias.

§ inicial. *Excusantur autem tutores vel curatores variis ex causis. Plerumque autem propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt* (1) *excusari, exemplo ceterorum munerum: nam et tutelam vel curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint? Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur: hi enim, quia pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.*

Se entienden dados en Roma los nombrados por el Prefecto de la ciudad, por el Pretor, ó por testamento que se otorgue en Roma (2).

Compútanse únicamente los hijos legítimos nacidos y existentes al ser nombrado tutor, aunque no estén en potestad (3), como premio á la paternidad: por consecuencia, nó los adoptivos que se toman en consideracion para su padre natural (4); ni los que nazcan despues, por más que estuviesen ya concebidos (5); ni los que murieron ántes (6) á no haber sucumbido en un combate (7), porque éstos *in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*, dice el texto.

Los nietos aprovechan para su respectivo abuelo paterno cuando ha muerto el padre; pero reputándose un solo individuo todos los de un mismo hijo (8).

Esta exencion parece deber su orígen á la ley *Julia y Papia*, segun el epígrafe de la ley 18 citada: servía sólo para declinar la tutela no recibida (9); y podia utilizarla el mismo padre para la tutela ó curaduría que le correspondiese sobre sus propios descendientes emancipados (10).

2.° *Los que en la actualidad desempeñan tres cargos de tutor ó curador* (11).

(1) C. *potest.*
(2) D., XXVII, 1, 45, § 3.
(3) D., XXVII, 1, 2, § 3 y 4.
(4) D., L., 5, 2, § 2.
(5) D., XXVII, 1, 2, § 6.
(6) D., XXVII, 1, 2, § 4.
(7) D., XXVII, 1, 18.
(8) D., XXVII, 1, 2, § 7. — C. V, 66, 2.
(9) D., XXVII, 1. 2, § 8.
(10) D., XXVII, 1, 36, § 1.
(11) D., XXVII, 1, 2, § 9.

§ 5. *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ præstant vacationem, quamdiu administrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

Se cuentan no sólo las que administran, sino tambien aquellas cuyo peligro corren; v. gr., aquella de la cual no se ha excusado, pudiendo hacerlo (1).

Aprovecha igualmente la que el padre ejerce sobre su mismo hijo emancipado (2).

Acumúlanse en beneficio de cada individuo de una misma familia todas las que administren el padre y los descendientes constituidos en su potestad, con tal que éstos las desempeñen por la voluntad del jefe y afecten su responsabilidad; porque, como dice Ulpiano, *tria onera in domo una esse sufficit* (3).

El número de cargos no se computa por el de las personas protegidas, sino por el de los patrimonios que han de administrarse con separacion (4); de manera que no sirve la tutela del pupilo que carece de bienes (5): ni bastan tres tutelas cuando son ligeras, ya por lo limitado del patrimonio (6), ya porque los huérfanos se hallen próximos á la pubertad (7). Viceversa, puede ser suficiente un solo cargo cuando su administracion es muy complicada ó trabajosa (8).

No se toma en consideracion la circunstancia de ser responsable subsidiariamente del cargo, como le sucede al magistrado que hizo el nombramiento, á los fiadores del tutor ó curador y á los tutores honorarios (9); ni la de hallarse sin rendir las cuentas, una vez terminada la administracion; ni la de que, uniendo el número de hijos y el de cargos, lleguen á tres (10).

El que ejerce menor número de tutelas ó curadurías, debe aceptar las restantes hasta completarle por el órden con que se le defieran; y si la delacion fuera simultánea, las que le designe el magistrado (11).

Por último, si habiéndose excusado de la tercera, y ántes de ser resuelta la excusa, fuese llamado á una cuarta, que-

(1) D., XXVII, 1, 31.
(2) D., XXVII, 1, 15, § 16.
(3) D., XXVII, 1, 4, § 1; id. id. 5.
(4) D., XXVII, 1, 3.
(5) D., XXVII, 1, 31, § 3.
(6) D., XXVII, 1, 15, § 15.
(7) D., XXVII, 1, 17.
(8) D., XXVII, 1, 31, § 4.
(9) D., XXVII, 1, 15, § 9.
(10) C., V, 69, un.
(11) D., XXVII, 1, 6, pr.; id. id. 31.

da ésta en suspenso hasta que se decrete sobre la tercera (1).

3.° *Los que viven distantes del lugar donde ha de administrarse.*

Se hallan en este caso los relegados, durante el tiempo de su destierro (2); los que no tienen su domicilio en el lugar donde debe ejercerse el cargo (3) ó se trasladan con permiso del emperador (4).

Tambien pueden excusarse de administrar los bienes sitos en distinta provincia (5), á pesar de que, en principio, el tutor se da para todo el patrimonio. A esta clase de excusa se refiere sin duda Justiniano, aunque extractó incompletamente el texto de su original, cuando nos dice en el

§ 17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

(B) *Consideracion hácia los que prestan ó han prestado servicios públicos.*

1.° *Ciertos funcionarios públicos* á que aluden los

§ 1. *Item divus Marcus in semenstribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela vel cura, quandiu administrat, excusari posse.*

§ 3. *Et qui potestatem aliquam habent, excusare se possunt, ut divus Marcus rescripsit, sed cœptam tutelam deserere non possunt.*

Pertenecían á esta clase: los administradores del patrimonio del príncipe ó del fisco, como dice el texto, durante su administracion (6); los recaudadores de tributos, miéntras lo eran (7); los magistrados de las ciudades, nó los ediles (8), que podian declinar una nueva tutela, pero no abandonar la que ya ejercían cuando fueron elegidos magistrados (9); las personas á quienes el príncipe hubiera encomendado algun negocio (10); y los jurisconsultos elevados al Consejo del emperador (11).

2.° *Los ausentes por causa de la república.*

(1) D., XXVII, 1, 4, pr.
(2) D., XXVII, 1, 28, § 2; id. id. 29.
(3) D., XXVII, 1, 46, § 2.
(4) D., XXVII, 1, 12, § 1.
(5) D., XXVII, 1, 10, § 4; id. id.; 19; id. id. 21, § 2. — C. V, 62, 2.
(6) D., XXVII, 1, 41, pr.
(7) C., V, 62, 10.
(8) D., XXVII, 1, 6, § 6; id. id., 17, § 4; id. id., 41, § 1.
(9) D., XXVII, 1, 17, § 5.
(10) D., XXVII, 1, 22, § 1.
(11) D., XXVII, 1, 30, pr. — C. V, 62, 25.

§ 2. *Item qui reipublicæ causa absunt, a tutela et (1) cura excusantur. Sed et, si fuerunt tutores vel curatores, deinde reipublicæ causa abesse cæperunt, a tutela et cura excusantur, quatenus reipublicæ causa absunt, et interea curator loco eorum datur. Qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ, nec (2) anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum rescripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.*

Se comprenden bajo esta denominacion todos los que se ausentan con motivo de cualquier servicio público. Pueden excusarse de aceptar toda tutela ó curaduría nueva miéntras dure su ausencia y un año contínuo, no útil, despues de la vuelta, siempre que regresen directamente á su domicilio; pero de la que hubieran comenzado á ejercer ántes de ausentarse, deben encargarse tan pronto como regresan (3).

3.° *Los consagrados á determinadas ciencias y profesiones.*

§ 15. *Item Romæ grammatici, rhetores, et medici, et qui in patria sua id exercent, et intra numerum sunt, a tutela vel cura habent vacationem.*

Disfrutaban de esta exencion los gramáticos, filósofos, retóricos y médicos que ejercían en su patria, con aprobacion de la autoridad, y pertenecían al número señalado para cada ciudad, segun su importancia, y los profesores de Derecho de la capital (4). Tambien disfrutaban de ella los dedicados á ciertas industrias; como los panaderos, etc. (5).

4.° *Los veteranos.* En general, sólo tenían obligacion de aceptar, pasado el primer año de su retiro, una sola curaduría de sus compañeros ó una tutela de los hijos de los mismos, nó de los nietos. Esta exencion únicamente se otorgaba á los que habían recibido licencia honrosa, y duraba más ó ménos tiempo segun los años y la clase en que hubieran servido (6).

(C) *Estado de relaciones entre la familia del nombrado y la del huérfano.*

De tres situaciones se ocupa el Emperador: que la familia del huérfano sea desconocida de la del tutor ó curador; que sean enemigas; y que medie pleito entre ellas.

Tratándose de cumplir un deber, no hijo de la gratitud,

(1) C., *vel.*
(2) C., *nam nec.*
(3) D., XXVII, 1, 10, pr. y § 1 y 2.—C., V, 64, 1 y 2.
(4) D., XXVII, 1, 6, § 1 al 12.
(5) D., XXVII, 1, 46.
(6) D., XXVII, 1, 8 y 9.—C. V, 65, 1 y 2

sino impuesto por el Estado, de nada puede servir alegar para excusarse que no se conocía al padre de aquel cuya proteccion se nos encarga (1). Así dice el

§ 10. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.*

Cuando, sobre faltar buenas relaciones, existe enemistad *capital* con el pupilo ó sus ascendientes, puede excusarse el tutor ó curador; y, si no lo hace, rechazarle prudencialmente el magistrado: de manera que esta circunstancia es á la vez una excusa y una incapacidad. No se aprecia la enemistad cuando ha mediado reconciliacion, v. gr., si el padre nombra tutor á su enemigo en un testamento posterior, á no ser que el nombramiento tuviera precisamente por objeto molestar al elegido (2). Tal es la doctrina de los

§ 11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura solent excusari* (3).

§ 9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, ipsum hoc præstat ei excusationem; sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam patri pupillorum administraturos promiserunt.*

Por último, respecto á las cuestiones judiciales con el pupilo ó sus allegados, no excusa desde luego la mera probabilidad de que pueda suscitarse pleito, bien efecto de una tutela ejercida anteriormente en la misma familia (4), bien porque haya de partirse un caudal comun entre el tutor y el pupilo (5). Los pleitos efectivos tampoco sirven de excusa por regla general; pero cuando versan acerca de todo ó la mayor parte del patrimonio de los contendientes ó de su estado jurídico, y no se promueven maliciosamente para eludir el cargo, constituyen no sólo excusa sino incapacidad, á juicio del magistrado (6). En este sentido debemos entender los

§ 4. *Item propter litem, quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet, excusare se nemo* (7) *potest, nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.*

(1) D., XXVII, 1, 15, § 14.
(2) D., XXVI, 10, 2, § 12; y XXVII, 1, 6, § 17.
(3) C. *excusare.*
(4) C., V, 62, 19.
(5) C., V, 62, 21.
(6) D., XXVII, 1, 6, § 18; id. id., 20 y 21.—C. V, 62, 16 y 23.
(7) C. *se non potest.*

§ 12. *Item, si quis (1) status controversiam a pupillorum patre passus est excusatur a tutela.*

(D) *Circunstancias personales del tutor ó curador.*

1.ª *Pobreza.*

§ 6. *Sed et propter paupertatem excusationem tribui, tam divi fratres, quam per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.*

Solía excusarse de la tutela y curaduría á los individuos de escasa fortuna cuando acreditaban que no podían ejercerlas sin desatender las ocupaciones que constituían su medio único de subsistencia (2). En este concepto podían excusarse señaladamente los miembros de ciertas corporaciones de artesanos, medidores, etc., miéntras no aumentasen de fortuna hasta el punto de serles obligatorios los cargos públicos (3). Todo lo cual significaba que al magistrado correspondía graduar la importancia de la excusa.

2.ª *Enfermedad ó impedimento físico.*

§ 7. *Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis superesse (4) potest, excusatio locum habet.*

No toda falta de salud ó de integridad corporal produce los mismos efectos legales.

El ciego, sordo, mudo, el que adolece de una enfermedad perpétua y el furioso tienen incapacidad de ser tutores ó curadores (5), bien se les defiera el cargo nuevamente, bien estuvieran ya desempeñándole (6). Para reemplazar á los cuatro primeros se nombraban otros tutores (7); y para sustituir al furioso, un curador interino, debiendo ejercer el cargo cuando sanase (8).

Por el contrario, la enfermedad temporal constituye sólo excusa ya para recibir un cargo nuevo, ya para continuar en el recibido (9); pero únicamente cuando impide que el nombrado cuide sus propios negocios (10). En tal caso, se nombra

(1) C. *qui.*
(2) D., XXVII, 1, 6, § 19; id. id., 7 y 40, § 1.
(3) D., XXVII, 1, 17, § 2; id. id., 26.
(4) C. *interesse.*
(5) D., XXVI, 1, 1, § 2 y 3; id. 4, 10, § 1.—C. V, 67, un.
(6) D., XXVII, 1, 40, pr.
(7) D., XXVI, 1, 17.
(8) D., XXVII, 1, 10, § 8; id. id., 12, pr.
(9) D., XXVII, 1, 11.
(10) D., XXVII, 1, 10, § 8.

un curador hasta el restablecimiento del enfermo que vuelve á encargarse (1).

La pérdida de un miembro no incapacita ni sirve de excusa (2).

3.ª *Escasa instruccion.*

§ 8. *Similiter eum, qui litteras nesciret, excusandum esse, divus Pius rescripsit; quamvis et imperiti litterarum possunt ad administrationem negotiorum sufficere.*

A pesar de lo absoluto del texto, la Constitucion que cita solamente exime por falta de instruccion al tutor ó curador que desconoce los asuntos cuyo desempeño va á confiársele, sin que le baste alegar que no sabe leer ni escribir (3). Queda la apreciacion de esta circunstancia, como la de las anteriores, al prudente juicio del magistrado.

4.ª *Edad.*

§ 13. *Item major septuaginta annis a tutela vel cura se potest excusare. Minores autem viginti et quinque annis olim quidem excusabantur: a nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam aspirare, adeo, ut nec excusationis opus fiat. Qua constitutione cavetur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus; cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et sub* (4) *aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*

Pueden eximirse: los que han cumplido setenta años ántes de que se les defiera la tutela ó curaduría, no despues, aunque sea dentro del plazo concedido para alegar las excusas (5); edad que se acredita por documentos ú otras pruebas legales (6).

3.º PERSONAS RELEVADAS ESPECIALMENTE DE LA CURADURÍA.

§ 18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur, in tantum, ut, licet pater* (7), *qui testamento tutorem dederit* (8), *adjecit* (9), *se eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

(1) D., XXVII, 1, 10, § 8.
(2) D., XXVII, 1, 15, pr.—C. V, 62, 1 y 9.
(3) D., XXVII, 1, 6, § 19.
(4) VULGO *sit.*
(5) D., XXVII, 1, 2, pr.—C. V, 68, un.
(6) D., XXVII, 1, 2, § 1.
(7) C. *paterfamilias.*
(8) C. *dedit.*
(9) C. *adjecerat.*

§ 19. *Iidem rescripserunt, maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

Aunque las Instituciones equiparan ambos casos, son muy distintos.

Al que ha desempeñado la tutela, no puede obligársele contra su voluntad á ser curador de la misma persona cuando ésta llega á la pubertad (1); es pues una verdadera excusa que podrá utilizar dentro del plazo legal contado, nó desde que se le nombró á la vez tutor y curador, sino desde que, habiendo cumplido el huérfano la pubertad, quiera obligársele á ejercer la curaduría (2).

Viceversa, el marido tiene absoluta incapacidad para ser curador de su mujer (3); lo mismo que el esposo respecto de aquélla con quien ha celebrado esponsales (4), y el suegro respecto de la nuera (5).

4.° QUIÉNES NO NECESITAN EXCUSARSE.

1.° La madre y la abuela, para quienes el cargo es un derecho, pero no una imposicion; si bien deben pedir que se nombre tutor, como sabemos (6).

2.° Aquéllos cuyo nombramiento es ilegal, ya por parte de la persona que lo hizo, ya del nombrado, ya de aquél para quien se nombró, ya de la manera de nombrar. Tanto éstos como sus herederos no necesitan alegar las excusas que tengan, ni obtener del magistrado un decreto que declare la improcedencia del nombramiento; y permanecen irresponsables miéntras no se mezclen en la administracion, ó el magistrado no confirme el nombramiento defectuoso (7).

5.° QUIÉNES NO PUEDEN ALEGAR EXCUSAS.

Pueden, por regla general, eximirse del cargo, cuando tienen excusa legítima, no solamente las personas extrañas al huérfano, sino los parientes por inmediatos que sean (8); pero no las siguientes:

1.° El liberto, de la tutela ó curaduría de los hijos del patrono ó patrona, ni de ser curador despues de haber sido tutor de los mismos (9), con tal que pueda corresponderles el de-

(1) C. V, 62, 20.
(2) D., XXVII, 1, 16.
(3) D., XXVII, 10, 14.—C. V, 34, 2.
(4) D., XXVII, 1, 1, § 5.
(5) C. V, 62, 17.
(6) Nov., XCIV, cap. 1; y CXVIII, cap. 5.
(7) D., XXVII, 1, 13, § 12; id. 7, 8, pr.
(8) D., XXVII, 1, 30, § 2.
(9) D., XXVII, 1, 14.—C. V, 62, 5.

echo de patronato (1) y cualquiera que sea su número (2) miéntras tenga aptitud para el desempeño (3); pero no le es obligatoria la tutela de otros libertos del mismo patrono (4).

2.ª El que ha prometido al padre desempeñar el cargo (5), segun se consigna en el § 9.

3.° El que aceptó lo que le había dejado en su última voluntad la persona que le nombró (6).

4.° El que ha tomado ya parte en la administracion (7).

5.° El que se nombró á sí mismo tutor en el testamento del padre, por más que en general sea reputado sospechoso (8).

6.° El que no tiene por lo ménos una excusa que reuna todas las condiciones exigidas por la ley, aunque pretenda acumular varios motivos, cada uno de los cuales sea insuficiente; v. gr., tener sesenta años y á la vez dos tutelas y dos hijos (9).

6.° PLAZO Y FORMA EN QUE DEBEN HACERSE VALER LAS EXCUSAS: EFECTOS DE SU ALEGACION.

§ 16. *Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, et de quibusdam non probaverit, aliis uti intra tempora non prohibetur.*

Qui autem excusare se volunt, non appellantur, sed intra dies quinquaginta continuós, ex quo (10) *cognoverunt; excusare se debent (cujuscumque generis sunt; id est, qualitercumque dati fuerint tutores), si intra centensimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centensimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum et amplius triginta dierum. Quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.*

§ 20. *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruit, non est liberatus onere tutelæ.*

En estos dos párrafos se indican el término que la ley concede para alegar las excusas, el órden que debe seguirse y los resultados que producen: completarémos breve y separadamente su doctrina.

(A) *Término.*

Copiando á Modestino (11), dice el texto que se conceden cincuenta dias continuos para excusarse, cuando el tutor ó

(1) D., XXVI, 5, 14.
(2) D., XXVII, 1, 14, § 4.
(3) D., XXVII, 1, 45, § 4.
(4) D., XXVII, 1, 30, § 3.
(5) D., XXVII, 1, 15, § 1.
(6) D., XXXIV, 9, 5, § 2.
(7) C. V, 63, 2.
(8) D., XLVIII, 10, 18, § 1.
(9) D., XXVII, 1, 15, § 11.—C. V, 69, un.
(10) VULGO *se tutores datos.*
(11) D., XXVII, 1, 13, § 1, 2 y 3.

curador habitan dentro del radio de cien millas del lugar donde han sido nombrados; y si á mayor distancia, treinta dias y un dia además por cada veinte millas. Pero como de aquí resultase que á los más distantes se les concedía menor plazo, añade que en todo caso deben otorgarse cincuenta dias. Segun esto dirémos sencillamente que hasta la distancia de cuatrocientas millas tienen cincuenta dias; y fuera de este radio, se aumentan á los cincuenta dias uno más por cada cien millas.

Este plazo comienza á contarse desde que se conoce el testamento ó el decreto en que se nombró (1); y si el testamento necesita confirmacion, se cuenta desde ésta, nó desde que fué conocido aquél (2). No corre contra el impedido legítimamente (3).

Pasado el término, ya no se admite excusa para libertarse del cargo: pero puede pedirse que se nombren adjuntos para auxiliar en la administracion cuando es muy extensa (4).

(B) *Orden.*

El que desea excusarse, no puede comenzar apelando de su nombramiento, como en los demas cargos, sino que debe proponer las excusas, y apelar si no fuesen admitidas (5).

Si una excusa fuese desechada, puede alegar sucesivamente las que tenga, miéntras no haya transcurrido el plazo marcado ó mezcládose en la administracion (6).

Para probar las excusas y decidir sobre ellas, se concede el término de cuatro meses continuos, á contar desde el dia del nombramiento (7).

El decreto que recae desechando la excusa es ejecutorio, si no se apela de él (8).

Interpuesta la apelacion, debe sustanciarse, aunque durante ella cumplan los huérfanos la edad en que ya no necesitan de tutor ó curador, para saber si el peligro de la administracion es ó nó á cargo del recurrente (9).

(C) *Resultados.*

Cuando se declara bastante la excusa aducida y es verdadera, el reclamante queda libre del cargo y del peligro de la administracion (10). En el caso de que hubiera sido nombrado

(1) D., XXVII, 1, 13, § 9.—C. V, 62, 6.
(2) D., XXVII, 1, 16.
(3) D., XXVII, 1, 13, § 7; id. id. 39.
(4) C., V, 62, 11.
(5) D., XXVII, 1, 13, pr.; XLIX, 4, 1, § 1 y 2.—C. V, 62, 18.
(6) D., XXVII, 1, 21, § 1.—C., V, 63, 2.
(7) D., XXVII, 1, 38.
(8) C., V, 62, 3 y 6.
(9) C., V, 62, 15.
(10) C., V, 62, 22.

para varios huérfanos cuyo patrimonio fuese distinto, y la excusa admitida se refiera á uno de ellos, sólo se libertará con respecto á éste (1).

Si la excusa admitida fuera falsa, el decreto de su admision queda insubsistente; y el que se excusó continúa responsable por no haber administrado, segun nos dice el § 20.

La alegacion y aprobacion de una excusa no sirve para otra tutela ó curaduría que se defiera posteriormente: es necesario alegarla de nuevo (2).

El tutor ó curador que se excusan, pierden lo que en el testamento se hubiera dejado como remuneracion, bien á ellos mismos, bien á sus hijos, porque se estima en contemplacion al padre (3). Tratábase de distinguir para este efecto si el legado se había hecho ó nó independiente del nombramiento; pero Paulo rechaza esta distincion, y sólo admite que el nombrado adquiera la liberalidad del difunto cuando éste consignara terminantemente su voluntad de dar el legado aunque no aceptase el cargo (4). No tiene aplicacion la doctrina expresada en el caso de que el padre nombre á uno de sus hijos coheredero y tutor de su hermano impúbero; porque entónces le defiere la herencia, nó como hermano del pupilo, sino como hijo del testador (5).

Esta pena se extiende áun al designado en testamento imperfecto que necesita confirmacion (6); pero nó al que nombra el magistrado (7).

Los únicos derechos que conservan el tutor ó curador que se excusan son al legado que se les deje con encargo de restituir á un tercero, porque no es en su provecho (8) y á la sustitucion pupilar del huérfano, porque á ella no se entiende llamado en consideracion á la tutela, supuesto que, llegado el caso de la sustitucion, concluiría la tutela aunque la hubiera aceptado (9).

7.° CIRCUNSTANCIAS QUE CONSTITUYEN INCAPACIDAD PARA SER TUTOR Ó CURADOR.

(A) *Falta de aptitud legal ó natural para ejercer un cargo público.*

1.° Los *esclavos* (10); pero pueden ser nombrados en testamento, segun dijimos.

(1) D., XXVII, 2, 25.
(2) D., XXVII, 1, 15, § 13.
(3) D., XXVI, 2, 28 y XXVII, 1, 28.
(4) D., XXVII, 1, 32 y 33.
(5) D., XXVII, 1, 28, § 1.
(6) D., XXVII, 1, 32.
(7) D., XXVII, 1, 34.
(8) D., XXVII, 1, 27.
(9) D., XXVII, 1, 36.
(10) C., V, 34, 7.

2.° Los *extranjeros*, ni áun en virtud de testamento (1).

3.° Las *mujeres* (2), ni por última voluntad (3), á no ser que obtuvieran del príncipe la tutela de sus hijos (4). Más tarde se les concedió á falta de testamentarios y legítimos, con tal que renunciaran á segundas nupcias (5). Por último, fueron llamadas la madre y abuela con preferencia á todos los legítimos, renunciando á segundas nupcias y á los beneficios del senadoconsulto Veleyano (6).

4.° Los *menores de veinticinco años*. Antiguamente era tutor hasta el impúbero, dándose un curador interino miéntras llegaba á los catorce años (7); desde esta edad hasta la mayoría podía excusarse (8). Justiniano declara incapaz á todo menor de veinticinco años en el § 13 de este título (9), si bien puede ser nombrado en testamento, como sabemos, aunque no ejercerá durante su minoría.

La cualidad de hijo de familias no era impedimento (10).

5.° Los *furiosos*, *sordos*, *mudos*, *ciegos* y los que padecen una *enfermedad perpetua* en los términos que expusimos al tratar de las excusas (11).

(B) *Incompatibilidad con el estado ó la profesion del tutor ó curador.*

1.° Los *obispos* y *monjes*. Los presbíteros, diáconos y subdiáconos podían ejercer la tutela ó curaduría legítima siempre que declarasen su voluntad dentro de los cuatro primeros meses desde que les era deferida (12).

2.° Los *militares* (13); por eso dice *nec volens* el

§ 14. *Item et in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ munus* (14) *admittatur.*

Podían sin embargo serlo de sus compañeros de armas (15).

(C) *Desconfianza en el buen desempeño.*

(1) Gayo, I. 23.—Ulpiano, XI, 16.
(2) D., XXVI, 1, 16; y L, 17, 73.
(3) D., XXVI, 2, 26, pr.
(4) D., XXVI, 1, 18.
(5) C., V, 35, 2; VI, 56, 6; y VIII, 15, 6.
(6) Nov. XXII, cap. 38 y 40; XCIV, cap. 2; CXVIII, cap. 5; y CLV.
(7) Gayo, I, 179.—D., XXVII, 1, 10, § 7; y 3, 9, § 1.
(8) *Fragmentos Vaticanos*, § 151 y 223.
(9) C., V, 30, 5.
(10) D., XXVI, 1, 7; y 7, 21.
(11) Nada dicen expresamente las leyes acerca del *pródigo*; pero debe considerarse incapaz, pues se niega el derecho de ser tutores ó curadores á los menores de veinticinco años, porque ellos mismos necesitan curador: ahora bien, el pródigo se halla en el mismo caso.
(12) Nov, CXXIII, cap. 5.
(13) C., V, 34, 4; y VI, 37, 8.
(14) C., *deest sub.*
(15) D., XXVII, 1, 23, § 1.

1.º Los que tengan enemistad ó pleito con el huérfano, como expusimos anteriormente.

2.º Los acreedores ó deudores del huérfano para evitar que pudieran hacer desaparecer los medios de prueba ó de defensa. Si durante el ejercicio se hacía deudor ó acreedor, se le nombraba un adjunto. Si no declaraba el crédito al encargarse de la tutela ó curaduría, le perdía (1). Esta prohibicion no era extensiva á las madres, bien fueran acreedoras ó deudoras de los hijos cuya tutela les correspondía (2).

3.º El marido y el que hubiera contraido esponsales, segun hemos ya dicho.

4.º Aquéllos á quienes lo hubieran prohibido los ascendientes del huérfano (3).

5.º Los que manifestasen empeño de ingerirse en el cargo (4).

Antiguamente el hijo no podía ser curador de su padre ó madre furiosos ó pródigos, porque parecía indecoroso que un padre fuera regido por su hijo; más tarde se prefirió á cualquiera otra persona extraña, fundándose en que, si es desigual la autoridad, debe ser igual la piedad entre ascendientes y descendientes (5).

TÍTULO XXVI.

DE LOS TUTORES Ó CURADORES SOSPECHOSOS.

1.º Orígen, naturaleza y necesidad de la acusacion de sospechoso.—2.º Qué magistrados tienen facultad para destituir.—3.º Qué clase de tutores ó curadores pueden ser acusados.—4.º Quiénes pueden acusar.—5.º Quiénes se reputan sospechosos por regla general: declaraciones especiales.—6.º Efectos de la acusacion.—7.º Cuándo se extingue la acusacion.

1.º ORÍGEN, NATURALEZA Y NECESIDAD DE LA ACUSACION DE SOSPECHOSO.

§ inicial. *Sciendum est, suspecti crimen ex lege Duodecim Tabularum descendere.*

Formando las primitivas gentes otros tantos Estados cons-

(1) Nov, LXXII, cap. 1 al 4.
(2) Nov. XCIV, cap. 1.
(3) D., XXVI, 5, 21, § 2.—C., V, 47, un.
(4) D., XXVI, 5, 21, § 6.
(5) D., XXVI, 5, 12, § 1; XXVII, 10, 1, 2 y 4.

tituidos, dispensaban á sus miembros, en beneficio de los intereses comunes, la proteccion que necesitaban en todas ocasiones. Así, para nosotros la historia de la acusacion de sospechoso es la misma que la trazada por Ulpiano acerca de la curaduría del pródigo: tuvo, como ella y por idénticas razones históricas, su orígen en las costumbres; su sancion en las XII Tablas, y su desenvolvimiento en la jurisprudencia (pág. 203). Por eso el texto, las Pandectas y los escritores atribuyen el orígen de esta persecucion á la ley decemviral (1).

No se trata de una accion que tenga por objeto pedir el castigo del tutor ó curador criminal. La palabra *crímen* se usa frecuentemente para significar *acusacion*, *imputacion*; y en este sentido se emplea tratándose de los tutores ó curadores, á quienes se demanda, no sólo cuando han delinquido de hecho en el ejercicio de su cargo, sino tambien cuando sus circunstancias hacen temer fundadamente que su gestion no será beneficiosa para el huerfano. Es, pues, de naturaleza civil, y tiene por objeto la destitucion del tutor ó curador que no administra ó de quien se rezela que no administrará provechosamente; por más que de ella puede resultar otra reclamacion criminal si los demandados cometieron realmente abusos punibles.

Si un padre de familias medianamente solícito no abandona el cuidado de sus hijos y fortuna en manos del hombre que le inspira desconfianza, el Estado faltaría á un sagrado deber si se condujera de otro modo respecto á los tutores y curadores que él mismo constituye para fiarles la suerte de personas sin amparo ni discrecion bastante. Contínua debió ser la intervencion del Estado sobre esta materia en Roma, cuando el título del Digesto empieza con las siguientes palabras de Ulpiano: *Hæc clausula et frequens et pernecessaria est; quotidie enim suspecti tutores postulantur* (2).

2.° Qué magistrados tienen facultad para destituir.

§ 1. *Datum est autem jus removendi suspectos tutores Romæ prætori, et in provinciis præsidibus earum et legato proconsulis.*

La remocion por sospechoso correspondía á los magistrados superiores en virtud de jurisdiccion propia; y en su consecuencia podían delegarla: no era como el nombramiento de tutores y curadores, que había sido conferido á determinados

(1) D., XXVI, 10, 1, § 2.—Cic. *De officiis*, III, 15.
(2) D., XXVI, 10, 1, pr.

magistrados por leyes especiales y no admitía delegacion. De aquí resulta que en Roma conocía el Pretor ó la persona en quien hubiere delegado su jurisdiccion; y en provincias, el Presidente ó el Legado del Procónsul (1).

3.° Qué clase de tutores ó curadores pueden ser acusados.

§ 2. *Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possunt* (2). *Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint* (3), *sive alterius generis tutores. Quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum, licet ut suspectus remotus fuerit.*

Pueden ser acusados todos los tutores ó curadores, inclusos los legítimos y el patrono, para quienes el desempeño del cargo constituía un derecho especial (4); si bien á los parientes del huérfano y á los patronos se les agregaba ordinariamente un curador para evitar la nota desfavorable que lleva consigo la remocion (5). Y no sólo podía acusarse al curador de un menor, sino tambien al del furioso, del pródigo y del vientre (6).

No impedía la acusacion la circunstancia de que el tutor ó curador hubiese dado fianza ó estuviera pronto á darla (7): porque la fianza no cambia el malévolo propósito del tutor, ántes bien daría ocasion para que se perjudicasen más los intereses del pupilo (8).

4.° Quiénes pueden acusar.

§ 3. *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere. Quinimo et mulieres admittuntur, ex rescripto divorum Severi et Antonini, sed hæ solæ, quæ, pietatis necessitudine* (9) *ductæ, ad hoc procedunt, ut puta mater; nutris quoque et avia possunt, potest et soror; sed et, si qua mulier fuerit, cujus prætor propensam pietatem* (10) *intellexerit, non sexus*

(1) D., XXVI, 10, 1, § 4.
(2) C. *Possint.*
(3) Addit: *sive non sed alterius.*
(4) D., XXVI, 10, 1, § 5.—C. V, 43, 4.
(5) D., XXVI, 10, 9.
(6) D., XXVI, 10, 3, § 2 y 3.
(7) D., XXVI, 10, 5.
(8) D., XXVI, 10, 6.
(9) Vulgo *pietate necessitudinis.*
(10) C. *Perpentam.*

verecundiam egredientis, sed pietate productæ (1) *non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.*

§ 4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

No tratándose de perseguir un crímen, la acusacion de sospechoso no podía corresponder á la clase de *públicas;* pero como la tutela y curaduría son de interes general, fué calificada de *cuasi pública*, porque se concedió á todos por regla general (2), si se exceptúan los impúberos que no pueden acusar á sus tutores, pero sí los menores de edad á los curadores con el acuerdo de sus parientes (3).

De las restantes personas, unas tienen derecho y otras obligacion de acusar.

Tienen derecho de acusar todos los ciudadanos, varones, mayores de edad. Tambien se permitió como excepcion á las mujeres cuando á ello las impulsaran motivos de piedad: así se admitía la acusacion de la madre, abuela, nodriza, hermana del huérfano y de cualquiera otra movida de los mismos sentimientos, y que no traspasara el pudor de su sexo (4).

Sobre ejercer un derecho, daban una prueba de gratitud en su acusacion los libertos del pupilo; pero si la tutela era desempeñada por su patrono, no se les admitía, para evitar que en la discusion se faltase á las debidas consideraciones (5).

Era obligatoria la acusacion para el cotutor, bien su compañero permaneciese tutor, bien hubiera dejado de serlo; y hasta el ya removido podía acusar á sus colegas (6).

Finalmente, el magistrado debía proceder de oficio á la separacion del tutor ó curador cuando notoriamente existían justos motivos que lo reclamasen (7).

5.° Quiénes se reputan sospechosos por regla general: declaraciones especiales.

§ 5. *Suspectus est autem, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est* (8), *ut Julianus quoque rescripsit. Sed et ante, quam incipiat gerere*

(1) C. *Productam.*
(2) D., XXVI, 10, 1, § 6.—C., V, 43, 6.
(3) D., XXVI, 10, 7, pr.—C., V, 43, 6.
(4) D., XXVI, 10, 1, § 7.
(5) D., XXVI, 10, 3, § 1.
(6) D., XXVI, 7, 3, § 2; id. id. 14; id. 10, 3, pr.—C., V, 43, 8; id. 52, 2.
(7) D., XXVI, 10, 3, § 4.
(8) C., *sit.*

tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus rescripsit (1), *et secundum eum constitutum est.*

§ 9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi et Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; et, quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

§ 10. *Sed si quis præsens negat, propter inopiam alimenta non posse decerni* (2), *si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbis puniendum placuit, sicut ille remittitur, qui, data pecunia, ministerium tutelæ* (3) *redemerit.*

§ 11. *Libertus quoque, si fraudulenter gessisse tutelam filiorum vel nepotum patroni probetur, ad præfectum urbis remittetur puniendus.*

§ 12. *Novissime sciendum est, eos, qui fraudulenter tutelam vel curam administrant, etiam, si satis offerant, removendos a tutela: quia satisdatio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat.*

§ 13. *Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit; enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.*

Resumirémos ordenadamente y completarémos la doctrina de estos párrafos.

El símil que al principiar el título hemos presentado nos da á conocer los casos en que procede la separacion de los tutores y curadores. Un padre cuidadoso no confia sus negocios al hombre de malos antecedentes; tolera á su administrador ligeras faltas, y le destituye apénas observa en él acciones ú omisiones vituperables. De la propia manera el Estado rechaza como sospechosas ántes de comenzar á ejercer la tutela ó curaduría, y despues de haber comenzado, separa á las personas que no le inspiran confianza. Ahora bien, si no pueden marcarse todos los motivos por los cuales el dueño ó no conferirá ó retirará los poderes, tampoco las leyes pueden establecer de antemano y taxativamente las causas por las cuales deben rehusarse los servicios del tutor ó curador: sientan principios generales; descienden á ciertos casos concretos: pero dejan á la discrecion del magistrado el que admita otros análogos y de la misma entidad, ya para no aceptar, ya para remover al tutor ó curador, como vamos á ver.

(1) Vulgo *scripsit.*
(2) Vulgo *negat alimenta posse decerni.*
(3) C., *ministeriis tutelam redemit.*

Puede no confiarse el cargo al tutor ó curador:

1.° Cuando son negligentes ó dolosos (1) ó media cualquiera otra causa legítima á juicio del magistrado, v. gr., ser enemigos del huérfano ó de sus ascendientes (2).

2.° Cuando fraudulentamente no comparecen para encargarse de sus funciones (3), no obstante haber sido llamados por edictos; si bien la ley recomienda sobre este punto mucha prudencia (4).

Debe ser removido despues de aceptado el cargo todo el que no administra con fidelidad y provechosamente, *qui non ex fide gerit*, como dice el § 5; bien sea por dolo ó culpa lata (5); bien por ignorancia, pereza ó falta de aptitud suficiente (6).

Aparte de esta regla general, las leyes señalan los casos siguientes:

1.° El que no comparece para que el magistrado designe la cantidad que haya de invertirse en alimentos del huérfano (7); y si es contumaz, se pone en posesion de sus bienes al pupilo, nombrándole un curador (8).

2.° El que comparece para la designacion de alimentos, pero sostiene falsamente que no pueden señalarse, porque el pupilo carece de bienes (9).

3.° El que, abandonando los negocios del pupilo, no le suministra los alimentos señalados. Si esta conducta del tutor era debida á encontrarse ausente; el Pretor, oyendo á los parientes y amigos del acusado, decretaba ó su remocion, ó el nombramiento de un curador que proveyese de alimentos, segun las circunstancias del caso (10).

4.° El que vende fraudulentamente las cosas cuya enajenacion está prohibida sin previo decreto, por más que el acto sea nulo (11).

5.° El que por dolo ó inconsideradamente rehusa una herencia lucrativa para el huérfano (12).

6.° El que comete sustracciones en los bienes que actualmente administra; pues si aquéllas se cometieron en administraciones anteriores, será perseguido por la accion correspondiente (13).

7.° El que no formalizó inventario ántes de comenzar la administracion (14).

(1) D., XXVI, 10, 4, § 4.
(2) D., XXVI, 10, 3, § 12.
(3) C. V, 43, 2.
(4) D., XXVI, 10, 7, § 3.
(5) D., XXVI, 10, 7, § 1.
(6) D., XXVI, 10, 3, § 18.
(7) D., XXVI, 10, 3, § 14.
(8) D., XXVI, 10, 7, § 2.
(9) D., XXVI, 10, 3, § 15.
(10) D., XXVII, 2, 6.
(11) D., XXVI, 10, 3, § 13.
(12) D., XXVI, 10, 3, § 17.
(13) D., XXVI, 10, 3, § 5 al 11.
(14) C., V, 51, 13, § 1.

8.° El que oportunamente no deposita ó no invierte los fondos del pupilo en la compra de fincas (1).

La sola circunstancia de ser pobre el tutor ó curador no es causa bastante para removerlos, con tal que sean fieles, diligentes y de buenas costumbres (2); porque debe tomarse en consideracion no tanto su fortuna como si se conducirán sin pereza ni fraude (3). A pesar de esto, si fuesen tan pobres que peligrase el patrimonio del huérfano, el magistrado decidirá si debe acompañárseles de curadores (4).

6.° Efectos de la acusacion.

§ 6. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non æque.*

§ 7. *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

Al acusado de sospechoso se le suspende desde luego la administracion hasta que termine el proceso, y se nombra otra persona que en su lugar administre (5).

Para formar el magistrado su juicio acerca del fundamento de la acusacion, puede examinar hasta los esclavos del pupilo (6).

El acusado á quien se remueve y aquel á quien se prohibe simplemente administrar, cesan de ser tutores ó curadores (7); y por consecuencia son irresponsables para lo futuro (8).

Sobre los destituidos recae la nota de infamia cuando lo han sido por dolo; nó, cuando por negligencia, pereza ó ineptitud (9). Para que conste lo referente á la fama del acusado, debe expresarse en el decreto la causa de su remocion; y en el caso de que no se exprese, se entiende sin infamia (10).

El que no es removido, sino que solamente recibe un adjunto, no incurre en infamia, porque no es destituido del cargo (11).

Por último, se imponian además las respectivas penas establecidas por los textos legales que en cada uno de los casos hemos citado y no son de este lugar. Para ello eran remitidos

(1) D., XXVI, 10, 3, § 16.
(2) D., XXVI, 10, 8.
(3) C., V, 43, 5.
(4) C., V, 43, 6.
(5) D., XLVI, 3, 14, § 1. — C. V, 43, 7.
(6) D., XXVI, 7, 34; id. 10, 12.
(7) D., XXVI, 10, 4, § 3.
(8) D, XXVI, 10, 10.
(9) D., XXVI, 10, 3, § 18; id. id. 4, pr. — C. V, 43, 9.
(10) D., XXVI, 10, 4, § 1 y 2.
(11) D., XXVI, 10, 3, § 18.

los acusados al Prefecto de la ciudad en quien residía la jurisdiccion criminal.

7.° Cuándo se extingue la acusacion.

§ 8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur cognitio suspecti.*

Bien se haya ó no entablado la acusacion, queda extinguida por el fallecimiento del tutor ó curador, segun este párrafo. Pero sucede lo mismo siempre que termina la tutela ó curaduría; tanto porque ya no hay términos hábiles para la separacion del cargo que aquélla se propone, cuanto porque bastan para garantir los intereses del huérfano las acciones ordinarias de la tutela (1).

(1) D., XXVI, 10, 11.—C., V. 43, 1.

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

I. NOCION Y CLASIFICACION DE LAS COSAS Y DE LOS DERECHOS. —1.° Acepcion jurídica de la voz «cosa»: objetos que comprende: paralelo entre la nocion y clasificacion de las personas y de las cosas.—2.° Clasificacion de las cosas segun su mayor ó menor susceptibilidad de derecho.—3.° Clasificacion de las cosas segun sus cualidades modifican los derechos de que son susceptibles.—4.° Idea y clasificacion de los derechos.—5.° Derechos de que se ocupan las Instituciones en el presente título.

II. POSESION.—1.° Idea de la posesion jurídica: quiénes la tienen: doble carácter de la misma.—2.° Clases de posesion jurídica: sus efectos respectivos.—3.° Condiciones necesarias para su adquisicion. —4.° Cómo se pierde.

III. DOMINIO.—1.° Definicion y naturaleza ordinaria del dominio: limitaciones de que es susceptible.—2.° Su historia en Roma.—3.° Modos de adquirirle: su clasificacion y condiciones generales.—4.° Doctrinas especiales de la ocupacion, accesion, especificacion, confusion y conmixtion, tradicion y adquisicion de frutos.—5.° Casos en que se pierde.

I.

NOCION Y CLASIFICACION DE LAS COSAS Y DE LOS DERECHOS.

1.° ACEPCION JURÍDICA DE LA VOZ «COSA»: OBJETOS QUE COMPRENDE: PARALELO ENTRE LA NOCION Y CLASIFICACION DE LAS PERSONAS Y DE LAS COSAS.

En el Libro primero ha tratado Justiniano del *sugeto* del derecho: en los segundo, tercero y parte del cuarto se ocupa del *objeto* del derecho, y á la vez de las relaciones jurídicas y de los hechos mediante los cuales se establecen.

Ya sabemos que constituyen el *objeto* del derecho los diferentes medios ordenados por Dios para que el hombre pueda cumplir su destino: que aquellos medios son nuestra existen-

cia y facultades, la naturaleza y la cooperacion de nuestros semejantes: y por último, que las leyes, considerando innecesario declarar é improcedente regular el derecho que tenemos sobre nuestra existencia y facultades, han limitado sus disposiciones á los dos medios restantes (1).

Segun esto, aunque la palabra cosa en su sentido gramatical sólo comprende los objetos materiales fuera del hombre, jurídicamente se extiende á *todo lo que puede ser objeto de un derecho*, es decir, á los séres físicos en general, á los hechos con que los demas hombres deben cooperar á la realizacion de nuestro fin y á los mismos derechos adquiridos sobre uno ú otro objeto, porque todo esto puede ser materia de una relacion jurídica (2).

Como el jurisconsulto estudia las personas y las cosas tan sólo bajo el aspecto jurídico, resulta que en la nocion y clasificacion de ambas se ofrecen las analogías siguientes:

1.ª No es persona jurídica el hombre á quien la ley no reconoce capacidad para el derecho: tampoco los séres físicos, ó los actos sobre los cuales no cabe tener derechos, se estiman jurídicamente cosas.

2.ª Ciertas entidades capaces de derecho tienen, por el contrario, el carácter de personas jurídicas sin ser individuos humanos: tambien las leyes comprenden bajo el nombre genérico de cosas todo aquello que puede figurar como materia de derecho, aunque no sea un objeto corpóreo.

3.ª No toda persona tiene el mismo grado de capacidad jurídica: de la propia manera no todas las cosas son igualmente susceptibles de derecho.

4.ª Finalmente, para poder apreciar el grado de capacidad jurídica de las personas, distinguimos dos órdenes de circunstancias: unas que la determinaban fundamentalmente; otras que modificaban su ejercicio. Si no hemos de confundir la susceptibilidad de las cosas para ser objeto de derechos, necesitamos formar de ellas dos grupos: uno de las cosas cuyas circunstancias impiden más ó ménos que la persona adquiera derechos sobre ellas; otro de aquellas cuyas circunstancias modifican en la adquisicion, ejercicio y trasmision los derechos á que ellas se prestan. Expondrémos separadamente ambas clasificaciones.

2.º Clasificacion de las cosas segun su mayor ó menor susceptibilidad de derecho.

§ inicial. *Superiore libro de jure personarum exposuimus; modo vi-*

(1) *Prolegómenos*, pág. 57. (2) D., L, 16, 23.

deamus de rebus. Quæ vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

En cinco clases divide el texto las cosas bajo el concepto de los derechos que sobre ellas se tienen: *communia omnium, publica, universitatis, nullius* y *singulorum.*

Comunes (communia omnium) las que pertenecen á todo el linaje humano y se hallan destinadas por su propia naturaleza para el uso de todos los hombres; v. gr., el aire.

Públicas (publica) las que pertenecen á una nacion, y se hallan destinadas por el Estado al uso comun de todos los individuos que le constituyen; v. gr., un puerto.

De corporacion (universitatis) las que pertenecen á un pueblo ó asociacion distinta del Estado, y el uso á cada uno de sus miembros; v. gr., un monte comun.

De nadie (nullius) (en la significacion que aquí se le da) las consagradas á un fin religioso; v. gr., los vasos sagrados, los sepulcros, y aquellas cuya inviolabilidad se halla protegida especialmente; como las murallas.

De cada uno (singulorum) las susceptibles de ser apropiadas por los particulares, viniendo á constituir parte de la fortuna individual. Son todas las no comprendidas en las cuatro clases precedentes, y de cuya adquisicion nos ocuparémos separadamente.

Antes de examinar los objetos que las Instituciones comprenden en cada una de las cuatro primeras categorías, necesitamos hacer ligeras observaciones para determinar el fundamento y alcance de la clasificacion misma.

Desde luego consigna el párrafo que la mayor parte de las cosas, *pleraque*, son *singulorum*; es decir, que el hombre, extendiendo su dominacion sobre la naturaleza, puede hacerlas propias; pero este poder dominador se encuentra restringido por la naturaleza misma de las cosas y por el Estado.

Los elementos más indispensables para la vida son providencialmente tan inagotables, que ni el individuo ni el Estado pueden apoderarse de ellos y dispensarlos á su antojo: hé aquí las cosas *comunes*, las *perpetuamente inapropiables*.

Por otra parte, dentro de cada Estado, las cosas que son apropiables por su naturaleza, necesitan ser aplicadas de manera que resulten satisfechos los diferentes fines humanos; porque para la realizacion de todos ellos han sido creadas: de

aquí, las cosas *pública* y *universitatis*, destinadas al provecho comun de todos los individuos que forman el Estado ó una corporacion legítimamente establecida, y las *nullius*.

Para designar el carácter jurídico de estas cosas se emplean locuciones cuyo valor debe precisarse.

Las Instituciones dicen aquí que se hallan *extra patrimonium nostrum*, calificacion que nos parece equívoca; porque *in patrimonio nostro* solamente están las cosas que en la actualidad constituyen la fortuna de los particulares, llamadas *bona, pecunia* (1); y hay muchas que, sin pertenecer á las comunes, públicas, de corporacion ó *nullius*, no se hallan todavía en el patrimonio particular; v. gr., la fiera que vaga por los bosques: luego no es una circunstancia que corresponda solamente á estas últimas el encontrarse *extra patrimonium*.

Con más propiedad se dice en otros pasajes de las mismas Instituciones y del Digesto que se hallan *extra commercium* (2); pero todavía este calificativo necesita ser bien comprendido. El da á entender que nadie puede apropiarse y vender tales cosas, que no pueden ser objeto de comercio, miéntras conservan su carácter; pero tan pronto como le pierdan, ya son susceptibles de propiedad privada: y como esto puede suceder, segun verémos, á todas las cosas excepto á las comunes, resulta que todas las demas sólo se hallan fuera del comercio de una manera condicional, no absoluta,

Por último, áun miéntras permanecen exentas del comercio, tiene el individuo sobre casi todas ellas derechos tan considerables, que son puntualmente las que mayor utilidad le producen y el único patrimonio del menesteroso, como aparecerá del cuadro que vamos á presentar.

(A) *Cosas comunes.*

§ 1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.*

§ 3. *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

§ 5. *Litorum quoque usus publicus juris gentium est: sicut ipsius ma-*

(1) D., L, 16, 5.
(2) Inst. II, 20, § 4.—D., XVIII, 1, 6, pr.; XXX, 36, § 10, etc.

ris : et ob id quibuslibet liberum est, casam ibi imponere (1), *in qua* (2) *se recipiant, sicut retia siccare, et ex mare deducere* (3). *Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse : sed ejusdem juris esse, cujus et mare, et, quæ subjacent mari* (4), *terra vel arena.*

Cuatro objetos se enumeran en la clase de comunes : el aire, el agua corriente, el mar y las riberas del mar (5).

(a) Del aire que llena el espacio, todos pueden aprovecharse; pero de la columna de aire que se encuentra sobre una finca, no puede privársele al dueño de ésta por medio de construcciones (6).

(b) El uso del agua corriente pertenece á todo el mundo; mas el agua contenida en un fundo, corresponde exclusivamente á su propietario.

(c) Tambien es comun el uso del mar, como el del aire (7); y se hace de él mencion especial, ya para manifestarnos que las aguas del mar son comunes bien se hallen corrientes, bien muertas ó estancadas, ya porque no sólo son comunes las aguas sino el terreno que ellas ocupan. Así, lo que se construye en una isla del mar ó sobre los materiales arrojados al intento, es del edificante (8) miéntras el mar no vuelva á ocuparlo (9), si bien no se permiten estas obras cuando perjudican al uso del mar ó de sus riberas (10).

(d) Finalmente, se reputan comunes las riberas del mar. Entiéndese por ellas el terreno hasta donde más alcanzan las olas del mar en el invierno (11). Todos los textos declaran con las Instituciones que el uso de las riberas del mar es comun; porque siéndolo el del mar, éste se haría imposible sin el de aquéllas. Pero respecto á la propiedad de las riberas mismas, aparece cierta vacilacion. La circunstancia de ser un terreno que frecuentemente ocupa el mar, necesario para su curso, hace que Justiniano, siguiendo á Neracio (12), se incline á calificarlas de *nullius*, como la tierra ó arena que el mar cubre ; mas no lo afirma en términos absolutos, sino *potest intelligi*. Javoleno las consideraba *públicas* (13); y Celso, más explícito, como *pertenecientes al pueblo romano* (14). Esto tiene su explicacion en que, si bien un Estado no puede tener verdadera propiedad sobre las playas que con frecuencia ocupa el mar y son indispensables para la navegacion, puede y

(1) C. *ponere.* (2) C. *in quam.* (3) C. *ex mari reducere.* (4) C. *subjacet.* (5) D., I, 8, 2, § 1. (6) D., VIII, 2, 2; IX, 2, 29, § 1; y XLIII, 21, 22, § 4. (7) D., XLIII, 8, 3, § 1. (8) D., XLI, 1, 30, § 4. (9) D., I, 8, 10. (10) D., XLIII, 8, 3, § 1. (11) D., L, 16, 96, pr. (12) D., XLI, 1, 14, pr. (13) D., L, 16, 112. (14) D., XLIII, 8, 3, pr.

debe ejercer sobre las mismas los actos de jurisdiccion y de tutela que reclamen la seguridad y buena administracion del país. Por eso vemos que todos pueden llegarse á ellas para los usos de la navegacion y pesca, respetando las edificaciones que existan (1); que los pescadores pueden levantar cabañas donde guarecerse (2); y que, prévio decreto del Pretor (3), cualquiera puede construir, haciéndose dueño del suelo y del edificio miéntras éste subsista, pero tan luego como se destruya, recobra el terreno su primitivo carácter y se hace de aquél que nuevamente construya (4).

(B) *Cosas públicas.*

§ 2. *Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.*

§ 4. *Riparum quoque usus publicus est juris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus (5) ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis adhærent: qua de causa arbores quoque in iisdem natæ eorundem sunt.*

Las cosas públicas no pertenecen á toda la humanidad, sino á un pueblo determinado. Pero las naciones poseen bienes de dos clases; unos cuyo uso se reservan, y disponen de ellos lo mismo que el individuo de su fortuna particular; y otros que destinan al uso comun de todos sus miembros. Los primeros se designan con el nombre de *patrimonium populi* (6); no están fuera del comercio, y pueden ser enajenados y dados en arriendo, segun lo hizo Roma con el *ager publicus;* tales eran asimismo las salinas, minas, pesquerías, etc. Los segundos forman la clase de cosas llamadas públicas (7), de las cuales nadie se considera verdadero propietario y son inalienables, nó por su naturaleza, sino porque, destinadas al uso de todos, es incompatible con este el que lleguen á ser objeto de propiedad privada (8). Bien podrá el Estado cambiar su destino arrancándolas al uso público para enajenarlas, pero sólo en casos muy extremos; porque, constitu-

(1) D., I, 8, 4.
(2) D., I, 8, 5, § 1.
(3) D., XLI, 1, 50.
(4) D., I, 8, 6, pr.
(5) C. *funes arboribus.*
(6) D., XLI, 1, 14, pr.
(7) Algunas veces se llaman públicas á las comunes y áun á las de corporacion, pero reconociendo los mismos jurisconsultos que sólo merecen aquel nombre las pertenecientes al pueblo romano. — D., L, 16, 15, 16 y 17.
(8) D., XVIII, 1, 6, pr.; id. id., 72, § 1.

yendo el patrimonio de todas las generaciones, debe no sacrificarse el porvenir de las futuras al interes de la presente.

El texto solamente menciona como públicos los *rios*, los *puertos* y las *riberas de los rios;* en el Digesto se cuentan además las calles, caminos, islas, terrenos, campos, lagos y estanques destinados al uso comun de todos los ciudadanos; derecho que era protegido por medio de interdictos (1).

(a) *Los rios.*

Son públicos los rios cuyas aguas corren perennemente, por más que se agoten durante algun estio (2).

Respecto á ellos, debe distinguirse el rio mismo del agua que por él corre. El rio es público solamente; pertenece al pueblo, y por consecuencia puede negarse su uso á los extranjeros para navegar, pescar, etc. El agua corriente del rio es comun, segun vimos ántes; no susceptible de propiedad por su curso perpetuo; y por tanto no puede negarse su uso al extranjero para beber, lavar, etc.

(b) *Las riberas de los rios.*

Se entiende por ribera el terreno que ocupa el rio cuando trae mayor caudal de agua; pero sin tener en cuenta las avenidas extraordinarias (3).

En las riberas debemos distinguir el uso y la propiedad.

Siendo público el uso del rio, debe forzosamente serlo el de las riberas sin el cual se haría imposible aquél (4). Por esto; cualquiera es libre de aproximar á ellas su nave, sujetarla á los árboles nacidos en las mismas, secar las redes, colocar parte del cargamento, etc. (5); pero no de construir en ellas (6).

La propiedad de las riberas y de todos los objetos inherentes á ellas, como los árboles y la yerba, corresponde á los dueños de los predios limítrofes (7), si bien no podrán hacer trabajos que dañen al uso público (8).

Aun el mismo cauce del rio le consideraba privado el jurisconsulto Celso, puesto que se hacia de los colindantes cuando quedaba seco, porque ya no le usaba el pueblo (9).

(C) *Cosas de corporacion.*

§ 6. *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.*

(1) D., XLIII, 7 al 11.
(2) D., XLIII, 12, 1, § 2 y 3.
(3) D., XLIII, 12, 1, § 5; id. id., 3, § 1.
(4) D., XXXIX, 2, 24, pr.
(5) D., I, 8, 5, pr.
(6) D., XLI, 1, 15.
(7) D., I, 8, 5, pr.
(8) D., XLIII, 12 y 13.
(9) D., XLI, 1, 30, § 1.

Aunque el texto se refiere únicamente á las ciudades, debe extenderse su doctrina á todo pueblo ó corporacion legalmente constituida, que tenían por consiguiente el carácter de personas jurídicas (1).

Lo mismo que el Estado, las corporaciones poseen dos clases de bienes : unos, en plena propiedad como cualquier particular ; v. gr., teatros, sitios para las carreras de los atletas, esclavos, etc. *patrimonium universitatis* (2): otros, destinados al uso de sus individuos ; v. gr., montes, dehesas, etc. de aprovechamiento comun. Estos últimos son los designados con el nombre de *res universitatis*. Acerca de los dos órdenes de cosas es aplicable respectivamente cuanto hemos dicho al tratar de las cosas públicas.

(D) *Cosas nullius.*

§ 7. *Nullius autem sunt res sacræ et religiosæ et sanctæ; quod enim divini juris est; id nullius in bonis est.*

La calificacion de *nullius* se aplicaba á tres clases de cosas : 1.ª á las que, siendo susceptibles de propiedad privada (*in commercio*, *singulorum*), carecian de dueño, y de las cuales nos ocuparémos más adelante; 2.ª á las comunes y públicas que se consideraban pertenecer á una comunidad, pero sin formar parte de la fortuna individual de persona alguna determinada ; 3.ª á las de *derecho divino*, acepcion que adoptan en este lugar las Instituciones y bajo la cual se comprenden las *sagradas*, *religiosas* y *santas* (3).

Colocadas *extra commercium*, era comun á todas ellas no poder constituir el patrimonio de nadie (4); ni por consecuencia ser vendidas (5), ni objeto de ningun contrato (6), ni adquiridas por prescripcion (7), ni hipotecadas (8). Si caían en poder del enemigo, perdían para los romanos el carácter sagrado, religioso ó santo, cual los ciudadanos prisioneros su libertad ; pero cuando volvían al poder de la ciudad, recuperaban su primitivo carácter como por derecho de postliminio (9). Miéntras se conservaban sagradas, religiosas ó santas eran protegidas por medio del edicto del Pretor (10).

(1) D., III, 4.
(2) D., I, 8, 6, § 1.
(3) D., I, 8, 1, pr.
(4) D., I, 8, 6, § 2.
(5) *Inst.* III, 23, § 5. — D., XVIII, 1, 6, pr.; id. id., 73, pr.
(6) *Inst.* III, 19, § 2. — GAYO, III, 97.
(7) *Inst.* II, 6, § 1. — GAYO, II, 48.
(8) D., XX, 1, 9, § 1.
(9) D., XI, 7, 36.
(10) D., XI, 7 y XLIII, 6.

Veamos cuáles pertenecían á cada clase.

(a) *Sagradas.*

§ 8. *Sacra sunt* (1) *quæ rite, et per pontifices Deo consecrata sunt veluti ædes sacræ, et dona* (2), *quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt, quæ etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis vero auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo sacræ ædes ædificatæ sunt, etiam diruto ædificio, adhuc sacer manet, ut et Papinianus rescripsit.*

Durante el paganismo, se entendía por cosas sagradas las consagradas á los dioses superiores (3). Para la consagracion fué necesaria la autorizacion pública que se otorgó sucesivamente por medio de una ley, de un senadoconsulto y de un rescripto imperial (4), y la práctica de las ceremonias establecidas. Distinguíase el *locus sacer*, que era el consagrado, del *locus sacrarium*, donde se colocaban accidentalmente los *sacra* para ponerle bajo el amparo de la religion: éste podía ser una propiedad privada (5).

Admitido el cristianismo, eran sagradas las cosas consagradas á Dios por sus ministros segun lo prescrito por la Iglesia.

Los objetos que cualquier individuo pretendiese consagrar por su autoridad propia, no eran sagrados, sino profanos. Viceversa, aunque se arruinara el edificio consagrado legítimamente, permanecía sagrado el lugar donde había estado construido (6). Era por lo demás indiferente que se hallasen en la ciudad ó fuera de ella (7).

Una cosa sagrada no admitía precio (8); en lugar sagrado (no en el *sacrarium*) estaba prohibido hacer nada que no fuese para ornato (9), y lo construido debía demolerse (10); por último, el robo sacrílego era castigado con penas severas segun los casos (11).

Justiniano permitió vender ó empeñar las vestiduras y vasos sagrados y los demas objetos destinados al culto, para redimir cautivos ó socorrer la indigencia en tiempo de carestía (12). Más tarde autorizó la venta de los vasos que no fue-

(1) C. *sacræ res sunt.*
(2) C. *donaria.*
(3) Gayo, II, 4.
(4) Gayo, II, 5. — D., I, 8, 9, § 1.
(5) D., I, 8, 9, § 2.
(6) D., I, 8, 6, § 3.
(7) D., I, 8, 9, pr.
(8) D., I, 8, 9, § 1.
(9) D., XLIII, 6, 1.
(10) D., XLIII, 8, 2, § 19.
(11) D., XLIII, 13, 6.
(12) C. I, 2, 21.

ran necesarios, para satisfacer con su precio las deudas de la Iglesia, evitando así la enajenacion de bienes inmuebles (1).

(b) *Religiosas.*

§ 9. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum, invito socio, inferre non licet; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item si alienus usufructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum, concedente domino, licet inferre, et licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit.*

Son cosas religiosas, dice Gayo, las abandonadas á los dioses manes (2): el lugar donde se da sepultura á un cadáver humano, como expresa el párrafo y el Digesto (3).

Se dice que cada cual puede hacer religioso un lugar á su voluntad, porque no es necesario para ello ni autorizacion pública ni observar determinadas ritualidades; pero deben sí concurrir al efecto las circunstancias siguientes:

1.ª Que el enterramiento se verifique por disposicion de aquel á quien corresponde hacer los funerales (4).

2.ª Que se entierre con intencion de que el cadáver permanezca en aquel lugar perpétuamente, no para trasladarle despues á otro sitio (5).

3.ª Que se depositen restos mortales de un ciudadano ó de un esclavo (6), nó de un enemigo (7). Cuando los restos de un mismo cadáver se enterraban en diferentes sitios, solamente se hacía religioso aquel en que se depositaba la cabeza, como la parte principal por la que nos distinguimos de nuestros semejantes (8). El cenotafio *(inane sepulcrum)*, ó sea el monumento construido en memoria de alguno que está enterrado en otra parte (9) se consideraba religioso por Marciano (10); pero Ulpiano afirma que declararon lo contrario las constituciones imperiales (11).

4.ª Que exista derecho para ocupar el lugar con la sepultura; y le había cuando el que ordenaba el enterramiento (12) ó el finado (13) tenían sobre el suelo dominio irrevocable y completo (14). Por consecuencia, se necesitaba el permiso del

(1) Nov. CXX, cap. 10.
(2) GAYO, II, 4.
(3) D., XI, 7, 2, § 5.
(4) GAYO, II, 6.
(5) D., XI, 7, 6, § 1.
(6) D., XI, 7, 2, pr.
(7) D., XLVII, 12, 4.
(8) D., XI, 7, 44, pr.
(9) D., XI, 7, 42.
(10) D., I, 8, 6, § 5.
(11) D., I, 8, 7 y XI, 7, 6, § 1.
(12) GAYO, II, 6.—D., I, 8, 6, § 4.
(13) D., XI, 7, 4.
(14) D., XI, 7, 34.

dueño ó su ratificacion, si el predio era ajeno (1), teniendo éste en otro caso derecho á que se trasladasen los restos con la debida autorizacion, ó á que se le abonasen daños é intereses (2): de los *condueños*, para enterrar á un extraño; pero no para cada uno de los copropietarios que no pudieran sepultarse cómodamente en otra parte, ó si se trataba de un sepulcro comun (3): del *usufructuario*, cuando no iba á enterrarse el mismo dueño que hubiera legado el usufructo y que carecía de lugar más cómodo: pero indemnizando al usufructuario (4): de aquél que tenía sobre el predio una *servidumbre*, á no ser que ésta pudiera usarse por otra parte con igual comodidad (5): y del *acreedor hipotecario*, para la inhumacion de persona que no fuese el mismo deudor ó persona de su familia (6).

No se hacía religioso todo el lugar donde existía la sepultura, sino tan sólo el terreno que ocupaba el cadáver (7); y cesaba de serlo cuando se trasladaban á otro punto los restos mortales con la debida autorizacion (8).

Los sepulcros no podían ser enajenados; pero sí el derecho de ser enterrado en ellos (9).

(c) *Santas*

§ 10. *Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta sit* (10) *in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.*

Se denominan propiamente cosas *santas* las que, sin ser sagradas ni profanas, se hallan protegidas de una manera especial contra la profanacion de los hombres (11). Como en rigor no son de derecho divino sino públicas, dice el texto *quodammodo divini juris sunt.*

(1) D., I, 8, 6, § 4. — C., III, 44, 2.
(2) D., XI, 7, 7, pr.; id. id. 8, pr.
(3) D., X, 3, 6, § 6 y XI, 7, 41.
(4) D., XI, 7, 2, § 7; id id 46.
(5) D., XI, 7, 2, § 8.
(6) D., XI, 7, 2, § 9.
(7) D., XI, 7, 2, § 5.—C., III, 44, 4 y 9.
(8) D., XI, 7, 44, § 1.
(9) C., VI, 37, 14.—Los títulos 44, libro III del Código y 7 y 8, libro XI del *Digesto*, contienen disposiciones muy curiosas sobre funerales, derecho de sepultura, exhumaciones y proteccion dispensada á los sepulcros, que no son objeto de nuestro estudio.
(10) VULGO *est*.
(11) D., I, 8, 8, pr.; id. id., 9, § 3.

Marciano deriva la voz *sanctum* de *sagminibus;* y nos dice que *sagmina* era una yerba que llevaban consigo los legados romanos como signo de su inviolabilidad (1): Ulpiano, de *sanctione*, porque se llamaban así aquellas cuyo respeto estaba sancionado con una pena; y en este sentido eran santas las leyes (2).

Además de las leyes se nos presentan con igual carácter los embajadores (3), y las puertas y los muros de las poblaciones, donde no podía hacerse obra alguna que fuera perjudicial, ni habitar por el riesgo de un incendio, sin permiso del príncipe (4): su profanacion ó escalamiento eran castigados con pena capital como hostil y abominable; pues á los ciudadanos romanos, dice Pomponio, no les es lícito salir más que por las puertas, é invoca el recuerdo de Remo muerto por este delito (5).

3.° Clasificacion de las cosas segun sus cualidades modifican los derechos de que son susceptibles.

La naturaleza física ó la consideracion jurídica de las cosas modifican frecuentemente los derechos que sobre ellas pueden tenerse en su adquisicion, ejercicio y trasmision.

Bajo este punto de vista suelen enumerarse como más importantes las clases que siguen: corporales é incorporales; inmuebles y muebles; simples, compuestas y universalidades; divisibles é indivisibles, principales y accesorias, fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles (6).

No formularon los romanos esta clasificacion; pero en muchas leyes diseminadas se hallan reconocidas las diversas especies de cosas que acabamos de enumerar y vamos á exponer brevemente.

(A) *Corporales é incorporales.*

Justiniano, copiando á Gayo (7), dice que son cosas corporales aquellas *quæ sua natura tangi possunt*, é incorporales las *quæ tangi non possunt*. Segun estas definiciones pertenecen á la primera clase los séres materiales que afectan á

(1) D., I, 8, 8, § 1.
(2) D., I, 8, 9, § 3.
(3) D., L, 7, 17.
(4) D., I, 8, 9, § 4; y XLIII, 6, 2 y 3.
(5) D., I, 8, 11.
(6) Desde los tiempos más remotos se conservó en Roma la division de cosas en *mancipi* y *nec mancipi*, así como la subdivision de los inmuebles en predios *itálicos* y *provinciales* que hemos dado á conocer suficientemente en la Historia, páginas 65 y 133. Justiniano declaró expresamente abolidas estas distinciones que ántes de su época ya no tenían importancia.—C., VII, 31, un.
(7) Gayo, II, 13.—D., I, 8, 1, § 1.

nuestros sentidos; y á la segunda, los hechos de nuestros semejantes y los derechos de cualquiera especie, que no son tangibles.

La doctrina es cierta, porque todo esto puede ser objeto de una relacion jurídica y constituye nuestro patrimonio; pero semejante clasificacion no tiene verdadera importancia práctica, y luégo verémos que ni siquiera son tratados sus dos miembros con estricta separacion.

(B) *Inmuebles y muebles.*

Jurídicamente es *inmueble* el suelo con todo lo que forma parte de él, v. gr., los minerales y las dependencias del mismo. Se entienden por dependencias: 1.° cuanto *se halla incorporado* al suelo, bien orgánicamente como las plantas y los árboles (1), bien artificialmente, como las construcciones; 2.° lo que *se destina* al uso perpetuo de éstas, aunque no esté adherido á las mismas, por ejemplo las llaves; pero no los objetos que constituyen el mueblaje *(instrumenta)*, por más que se hallen fijos, v. gr., las vasijas y prensas (2). Cuando aquellos objetos son separados á perpetuidad, cesan de ser inmuebles, cual los materiales extraidos *(eruta, ruta)*, los árboles cortados *(cæsa)* y los frutos percibidos; pero si solamente se han separado para reponerlos y volverlos á su destino, conservan el carácter de inmuebles (3).

Los inmuebles se subdividen en *urbanos* y *rústicos*: ambos comprendidos bajo la denominacion general de *fundus*. Son predios urbanos los edificios, tanto en la ciudad como en el campo; porque el carácter de urbano le da la materia, no el lugar: los edificios de las poblaciones se llaman *aedes*; los del campo, *villæ*. Son rústicos los terrenos destinados á la produccion de cosechas; de manera que los jardines de las casas se reputan urbanos. Un terreno sin edificar recibe el nombre de *area*, si está dentro de la poblacion; de *ager*, si fuera de ella (4).

Son *muebles* todos los objetos que pueden trasladarse de un lugar á otro y no se hallan incorporados ó destinados perpétuamente á un inmueble. Se subdividen en *móviles* y *semovientes*, segun son séres inanimados ó animados (5).

Sobre la clasificacion de muebles é inmuebles debemos tener presentes dos circunstancias importantes:

(1) D., XIX, 1, 40.
(2) D., XIX, 1, 13, § 31; id. id, 14, 15, 17 y 38.
(3) D., XIX, 1, 17, § 6, 10 y 11.
(4) D., L, 16, 198 y 211.
(5) D., XXI, 1, 1, pr.—C., VII, 37, 2 y 3.

1.ª Que en Roma sólo se aplicaba á las cosas corporales: los derechos se consideraban aparte de ambas categorías, ora versaran sobre objetos muebles ó inmuebles (1).

2.ª Que con ser la llamada á ejercer influencia más decisiva en la adquisicion, conservacion y trasmision de los derechos, ni en Roma ni áun en el dia se le ha dado toda la importancia que merece, si bien lenta y progresivamente vienen admitiéndose las modificaciones que demandan las exigencias de la práctica; esta observacion la verémos comprobada, por lo que hace al derecho romano, á medida que estudiemos sus instituciones.

(C) *Simples, compuestas, universalidades.*

Pomponio distingue tres clases de cosas, atendidos los elementos de que se componen (2).

1.ª *Quod continetur uno spiritu, et* UNITUM *vocatur:* la que consta de partes de una misma especie y forman un todo orgánico ó artificial; un esclavo, una estatua de mármol.

2.ª *Quæ ex contingentibus constat, hoc est, pluribus inter se cohærentibus, quod* CONEXUM *vocatur:* la que consta de partes de diferente especie ligadas entre sí; un edificio, un armario.

3.ª *Quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomine subjecta:* el conjunto de objetos distintos y separados que se consideran un solo todo bajo una denominacion colectiva; un rebaño, un almacen. Estas universalidades pueden ser de hecho *(facti, hominis)* cuales son, entre infinitas, el rebaño y el almacen; ó de derecho *(juris)*, en cuyo número figuran, como las más principales, el patrimonio de una persona, la herencia, el peculio y la dote.

Respecto de las cosas simples, todos los elementos de que se compongan están evidentemente sometidos al mismo derecho; porque se identifican formando un solo todo bajo un solo nombre.

Pero las compuestas y las universalidades, si bien se designan igualmente con un solo nombre, constan de partes diversas, que en las compuestas no se identifican y en las universalidades ni siquiera se presentan ligadas entre sí. Por esto cabe dudar si las prescripciones legales deben aplicarse al conjunto ó á cada una de las partes en su adquisicion, pérdida y revindicacion.

Pondrémos algunos ejemplos de estas dificultades, nó para

(1) D., XLII, 1, 15, § 2. — C. V, 13, 1, § 7.
(2) D., XLI, 3, 30.

esclarecerlas, que no es de este lugar, sino para que se comprenda el interes de la distincion que nos ocupa.

Adquisicion. El que posee un edificio ¿prescribe los materiales de que se compone, por el tiempo señalado para las cosas muebles considerándolas como objetos distintos del suelo, ó necesita el tiempo establecido para los inmuebles á cuya clase corresponde el edificio, nombre bajo el cual se comprende tanto el suelo como los materiales? Si á un rebaño se agregan cabezas que han sido hurtadas, ¿desaparece este vicio, que impide la prescripcion, porque vengan á formar parte del rebaño, ó seguirán considerándose objetos completamente distintos del conjunto, afectados siempre del vicio de su orígen? (1).

Pérdida. Si se arruina el edificio legado ¿tiene el legatario derecho al solar? ¿Se extingue el legado de un rebaño cuando el número de cabezas se disminuye hasta el punto de no constituir legalmente rebaño, ó subsiste miéntras quede una cabeza? es decir, ¿se entiende legada la universalidad y sólo miéntras pueda designarse con su nombre colectivo, ó se entienden legadas separadamente cada una de las partes que la forman? (2).

Revindicacion. Tanto en la universalidad de hecho como de derecho, ¿basta revindicar el conjunto por su nombre, ó es necesario reclamar individualmente cada uno de los objetes que le componen? (3).

(D) *Divisibles é indivisibles.*

Para los efectos legales la divisibilidad puede ser *física* é *intelectual.*

Son *físicamente divisibles* los objetos que pueden ser divididos en partes homogéneas y análogas entre sí y al todo que formaban. Es, pues, divisible físicamente un campo, porque todas las porciones en que se divida serán campos, y susceptibles de prestar servicios análogos á los que prestaban reunidas; pero no lo es una fábrica, porque sus fracciones no serían ni aprovecharían como la totalidad. Esta divisibilidad solamente es aplicable á las cosas corporales.

Son *intelectualmente divisibles* aquellas cosas que, bien admitan ó nó la division física, pueden corresponder á varias personas en proporcion igual ó desigual. Asi, tanto el campo que es divisible físicamente, como la fábrica que no lo es, pue-

(1) D., XLI, 3, 23 y 30, § 2.
(2) *Inst.* II, 20, § 18. — D., VII, 4, 10, § 8; id. id., 31; XXX, 22.
(3) D., V, 3; VI, 1, 56.

den pertenecer, v. gr., á tres dueños, de los cuales uno tenga derecho á la mitad y cada uno de losotros á una cuarta parte. Esta divisibilidad es aplicable á todas las cosas corporales y á las incorporales no comprendidas en las excepciones que vamos á ver.

Son, por último, *física é intelectualmente indivisibles*: 1.º Entre los derechos reales, la hipoteca y las servidumbres, salvo el usufructo. 2.º Entre las obligaciones, aquella cuya materia es un hecho de nuestros semejantes ó la entrega de una cosa que por su naturaleza ó por la voluntad de las partes no admita division.

Consecuencias prácticas de estas distinciones, segun verémos en sus respectivos lugares:

1.ª Cuando se trata de cosas *físicamente indivisibles* que pertenezcan á varios sugetos, ninguno de ellos tiene derecho exclusivo sobre una parte determinada (*partes certæ, partes divisæ*), sino restringido por el de los otros: todos las poseen *pro indiviso* (*partes incertæ, partes indivisæ*).

2.ª Tratándose de cosas *física é intelectualmente indivisibles*, si son derechos reales, no pueden adquirirse ni perderse por partes; y si son obligaciones, cada acreedor puede pedir el todo, y cada deudor puede ser reconvenido por el todo.

(E) *Principales y accesorias.*

Principal (*principalis*, de *princeps* primero, lo más considerable) expresa una cualidad que no es absoluta y permanente en las cosas, sino relativa y variable. Así, por ejemplo, construido un edificio, el suelo es lo principal y todos los objetos empleados en la construccion, que ántes eran principales, se convierten en accesorios de aquél: separa el propietario uno de ellos, porque no es de su agrado, y recobra la condicion anterior de principal: le coloca, por fin, más tarde en otro edificio, y vuelve á tener el concepto de accesorio.

De aquí resulta que los calificativos de principal y accesorios expresan el resultado de la comparacion de cosas unidas ó por lo ménos relacionadas entre sí, de las cuales aparece una preferente, condicion de otra que le está subordinada; y que no es posible determinar *à priori* si son principales ó accesorias considerándolas aisladamente.

El resultado práctico de la distincion es muy trascendental, y consiste en que los objetos accesorios siguen la suerte del principal. El dueño de una cosa adquiere todo lo que la ley considera accesorio de la misma; y si la trasmite, entiéndese que debe hacerlo con todos sus accesorios. Otro tanto sucede

en materia de obligaciones: el que compra un crédito garantido con hipoteca, tiene derecho para reclamar su pago ya del deudor, ya del que posea la finca hipotecada: si el crédito resultase nulo, tambien la hipoteca sería ineficaz: el dia en que se extinga el crédito, desaparece simultáneamente la garantía hipotecaria.

No permite el buen órden reseñar ahora cuanto la ley ha declarado accesorio en cada uno de estos casos. Lo que el dueño adquiere en concepto de agregaciones á su propiedad, constituye el modo de adquirir que bajo el nombre de *accesion* verémos en este mismo Título. Lo que como accesorio debe entregarse cuando se trasmite un objeto, se especifica en sus respectivos Títulos, singularmente en el de legados y de compra-venta. Por último, al estudiar la materia de obligaciones y con especialidad las de prenda y fianza, conocerémos cuáles tienen el carácter de accesorias.

Sin embargo, para dar una idea general, podemos decir que se considera principal *el objeto cuya existencia y naturaleza se determina por sí mismo*, y accesorio *el objeto cuya existencia y naturaleza es determinada por otro respecto al cual se presenta como subordinado ó absorbido.*

(F) *Fungibles* y no *fungibles.*

Fungibles se llaman *las cosas que se aprecian* IN GENERE, esto es, aquéllas respecto de las cuales solamente se expresa el número, peso ó medida que de las mismas debe entregarse; v. gr. mil duros. Denomínanse *no fungibles las cosas que se aprecian* IN SPECIE, ó sea, aquéllas en que se determina individualmente el objeto que debe darse; por ejemplo, tal caballo.

Esta diferente manera de apreciar depende ordinariamente de la naturaleza de las mismas cosas; pero algunas veces procede sólo de la voluntad del hombre.

Hay, en efecto, cosas de condiciones tan iguales que, ó no pueden distinguirse entre sí, como los granos de una semilla, ó por lo menos cada una de ellas equivale exactamente á las demas de su clase, como las monedas de un mismo metal; y siendo indiferente recibir en semejantes casos unos ú otros objetos, con tal que sean de la clase y en la cantidad debida, suelen apreciarse *in genere* (1).

(1) Por consideracion al derecho de propiedad, permiten las leyes al dueño de estas cosas que pueda revindicarlas como si fueran individuos determinados. —GAYO, II, 191 y 196.—D., XLVI, 3, 78; pero ya verémos que en definitiva el resultado de su accion era conseguir una cantidad igual á la que faltaba de su patrimonio, supuesto que carecia de objeto y á veces sería imposible identificarlas.

Existen á la vez cosas de condiciones tan distintas, que en manera alguna son equivalentes entre sí; por ejemplo, varios esclavos; y no siendo igual recibir cualquiera de ellas, se aprecian casi siempre *in specie*.

Pero aunque suceda esto en la inmensa mayoría de los casos, nada impide que el hombre prescinda de la naturaleza de las cosas y las estime en sentido inverso. Puede, pues, apreciar las primeras *in specie*, v. gr., mandar entregar el dinero que tiene guardado en cierto lugar; y las segundas *in genere*, v. gr., facultar al que recibió un caballo prestado para que le devuelva el mismo ú otro de igual precio (1).

Los resultados jurídicos de esta diferente apreciacion serán:

Cuando se han apreciado *in genere*, el deudor cumplirá dando cualesquiera de los objetos de la clase y en la cantidad establecida; pero aunque pereciesen fortuitamente los que tuviera destinados al pago, no se liberta de la obligacion, y debe á su acreedor otros tantos de la misma calidad, porque la deuda no se refería á objetos determinados individualmente (2).

Cuando se apreciaron *in specie*, el deudor deberá entregar precisamente el objeto marcado, sin que pueda pretender que se le reciba otro distinto, aunque sea de la misma clase y valor; mas si pereciese por acaso el objeto, concluye su obligacion, porque ésta se contraía exclusivamente á él (3).

La diversa manera de apreciar los objetos y las consecuencias legales que de ella proceden, fueron reconocidas y sancionadas por la legislacion romana; pero en su idioma jurídico no se emplean los calificativos de fungibles y no fungibles (4). Los jurisconsultos llaman á las primeras, *res quæ pondere, numero, mensura constant; quæ communi specie continentur; genus*; etc.: y á las segundas, *res quæ functionem recipiunt in specie; species*; etc. (5).

(G) *Consumibles y no consumibles.*

Llámanse *consumibles* ó *no consumibles* los objetos segun que con el uso experimente ó no alteracion la sustancia ó

(1) D. XIII, 6, 4; XVI, 3, 24; XXX, 30, § 6; id. id., 34, § 4; id. id., 37.

(2) *Inst.* III, 14, § 2.—D., XLIV, 7, 1, § 4.

(3) *Inst.* III, 23, § 3.—D., XVIII, 6, 7, pr.

(4) Dice Paulo que son objeto del mutuo las cosas *quæ pondere, numero, mensura consistunt... quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie.*—D., XII, 1, 2, § 1; y de ahí, los extrañós calificativos de *fungibles* y *no fungibles*.

(5) Gayo, III, 90.—D., XII, 1, 2, § 1; XXX, 30, pr.; XXXV, 2, 1, § 7; XLVI, 3, 29.

modo de ser de los mismos : *quæ ipso usu consummuntur* (1); *quæ usu tolluntur vel minuuntur* (2); *quæ in abusu consistunt* (3). Ahora bien, si el dueño de una cosa quiere cederla en simple uso, claro es que esto solamente podrá hacerlo respecto de las no consumibles; porque las que se consumen no podrían ser restituidas (4). Tal es la utilidad práctica de esta division.

La generalidad de las cosas se deterioran con el uso; pero desde una sustancia alimenticia que no puede usarse sin consumirse, hasta un campo que subsiste perpétuamente, encontramos innumerables objetos de duracion tan varia como imposible de graduar; por eso verémos que cuando se desciende á casos concretos, hay en las mismas leyes la mayor divergencia en conceptuarlos de una ú otra clase; v. gr., los vestidos (5).

Es tambien muy frecuente confundír los objetos consumibles con los fungibles. Dimana esto de que no pudiendo ser devueltos los consumibles despues de haberlos usado, suelen apreciarse *in genere* cuando se entregan; pero en realidad son ideas completamente distintas. El ser ó no consumibles dimana de la naturaleza de las cosas que el hombre no puede cambiar : el ser ó no fungibles depende de la manera en que la voluntad del hombre las haya estimado, segun hemos visto anteriormente.

4.° IDEA Y CLASIFICACION DE LOS DERECHOS.

Dada una legislacion positiva, llamamos *derecho* á toda relacion que el Estado protege entre la persona jurídica y los medios ordenados por Dios para el cumplimiento de los fines humanos (6). Ahora bien, como estos medios son por una parte los séres físicos y por otra las prestaciones de nuestros semejantes, resulta que todos los derechos han de pertenecer necesariamente á una de dos clases. *Cuando el objeto inmediato del derecho es un sér físico*, esto es, *cuando la relacion existe directamente entre la persona y un objeto de la naturaleza*, el derecho se llama *real, in re : cuando el objeto inmediato del derecho es el hecho de otro hombre*, ó sea, *cuando la relacion se establece entre dos personas, de las cuales la una resulta obligada á realizar un acto ó una omision, ó á entregar*

(1) *Inst.* II, 4, 2.
(2) D., VII, 5, 1.
(3) D., VII, 5, 5, § 1.
(4) *Inst.* II, 4, § 2.—D., XII, 1, 2, § 1; XIII, 6, 3, § 6.
(5) *Inst.* II, 4, § 2.—D., VII, 1, 15. § 3 y 4; id. 9. 9, § 3.
(6) *Prolegómenos*, pág. 33.

cierto objeto en beneficio de la otra, el derecho se llama *personal, ad rem, de obligacion, de crédito, etc.*

Prescindiendo de la mayor ó menor propiedad de estas denominaciones (1), no puede negarse que media una diferencia esencial entre ambas clases de derecho respecto á su naturaleza y ejercicio, como vamos á manifestar, y respecto á su adquisicion, segun verémos en el Título inmediato.

En el derecho real, siendo el objeto un ser físico, nos está completamente sometido, y podemos disponer de él con entera libertad dentro de las prescripciones legales: para con los demas hombres, nuestra relacion consiste sólo en que no perturben el libre uso de nuestro derecho. En el derecho personal, el objeto son las acciones ú omisiones de una persona; pues aunque la obligacion sea de entregar cierta cosa, esta es una consecuencia remota y no constitutiva de la esencia del derecho mismo, supuesto que podrá continuar existiendo á pesar de que la cosa perezca: por otra parte, debemos guardar los miramientos debidos al ser sustantivo que nunca se convierte en objeto de derecho (2).

Como la relacion que se establece sobre la cosa en el derecho real es directa é inmediata, podemos hacerla efectiva sin necesidad de la intervencion de persona alguna é indistintamente contra cualquíera que nos perturbe; porque todos los hombres se hallan igualmente obligados á no impedirnos el ejercicio de nuestro derecho, sin que exista un vínculo especial con ninguno de ellos. Viceversa, el derecho personal supone indispensablemente dos personas determinadas entre las cuales se establece la relacion, una que tiene el derecho, y otra cuyo hecho constituye el objeto del derecho; luego únicamente podrémos hacerla efectiva contra el individuo obligado, exigiéndole la accion ú omision correspondiente.

¿Cuántas y cuáles son las especies de derechos reales y personales? Los personales, todos tienen una misma naturaleza, un objeto idéntico; porque todos ellos consisten en la facultad de exigir á nuestros semejantes el acto debido, cualquiera que sea el fundamento de la obligacion. Pero los reales, son tan varios como los poderes que al hombre le es dado

(1) Se ha observado que el nombre de *personales* corresponde sólo á los derechos que se refieren á la capacidad jurídica de la persona misma, en contraposicion á los que ésta tiene respecto de los séres físicos y acciones de sus semejantes, que deben llamarse *patrimoniales*. En Roma no encontramos un nombre genérico para designar los derechos que hoy llamamos *reales*; á los que denominamos *personales*, los comprendieron bajo el nombre de *obligaciones*.

(2) *Prolegómenos*, páginas 76 y 82.

ejercer sobre los séres físicos; y ni la legislacion romana ni las modernas han resuelto la cuestion.

Los romanos fueron minuciosos en los detalles de cada accion ó manera de hacer efectivas las nuevas relaciones jurídicas á medida que iban apareciendo; pero prescindieron de caracterizar el derecho en que la accion se fundaba.

Las legislaciones posteriores no son más explícitas; ya porque en general han permanecido estacionarias, ya porque la dificultad de formular taxativamente un catálogo de los derechos reales se presenta invencible. Dirémos sencillamente nuestra manera de ver.

Creemos que no es posible reducir los derechos reales á un número fijo con sus respectivos nombres. Toda relacion directa entre la persona y un sér físico constituye á nuestro juicio un derecho real; y como no es dable prever cuántas puedan ser las relaciones de este género que se establezcan, resulta imposible determinar cuántos son los derechos reales. Prescindiendo de las innumerables relaciones que la ley puede crear, ¿quién precisará el sin número de limitaciones que el dueño puede imponer á su propiedad, ora concediendo á otra persona cierta participacion en ella, ora privándose en su beneficio de alguna de las extensísimas facultades que comprende?

Nos extralimitaríamos si intentásemos presentar las ideas modernas sobre esta materia que á nuestro juicio se halla en un período de transicion. En el derecho romano vemos estimarse como derechos reales el *dominio*, las *servidumbres*, la *prenda*, la *enfiteusis* y la *superficie*.

5.° Derechos de que se ocupan las Instituciones en el presente título.

Si las materias correspondiesen á los epígrafes de los Títulos, el actual terminaría con la division de las cosas que hemos estudiado, y en el inmediato se trataría de todos los derechos como cosas incorporales; pero los redactores de las Instituciones han incluido en el presente doctrinas relativas al derecho real de más importancia, el dominio, refundiendo en uno dos Títulos que en el Digesto se encuentran colocados bien distantes por cierto (1). Atribúyese comunmente esta desviacion de las Pandectas á que los romanos solían no comprender el dominio en la denominacion general de derechos, *jura* (2), porque aquél abraza todas las facultades posi-

(1) El 8.° del libro I y el 1.° del libro XLI.

(2) D., XXX, 71, § 5, XXXIX, 2, 19, pr.

bles sobre la cosa, cuando éstos se limitan á determinadas fracciones, de manera que la identificaban con la cosa misma; y todavía hoy designamos con el nombre de *propiedad* tanto el derecho de dominio, como el objeto sobre el cual se tiene. Pero, cualquiera que sea el motivo, es lo cierto que Justiniano expone varios modos de adquirir el dominio á seguida de la division de las cosas; é incidentalmente, como uno de ellos, habla de la posesion de buena fe. Nos ocuparémos, pues, de estas materias; y en primer término de la posesion en general, porque los modos de adquirir el dominio suponen conocimiento de ella.

II.

[illegible] POSESION.

1.° Idea de la posesion jurídica: quiénes la tienen: doble carácter de la misma.

Para estudiar la teoría de la posesion creemos que deben tenerse presente dos consideraciones: una, comun á toda legislacion; y otra, peculiar á la romana. Consiste la primera en que la teoría de la posesion se halla íntimamente ligada con la de los *derechos reales;* y á medida y en el sentido que ésta se desenvuelva, lo será la de la posesion. Es la segunda no perder de vista que el materialismo caracterizó al derecho antiguo romano; y el espiritualismo, al moderno, sin que éste se despojase completamente de su primitivo carácter. Ellas nos explicarán las contradicciones aparentes de los textos y las diferencias que separan á los tratadistas, comenzando por la idea de la posesion misma.

La posesion, segun su naturaleza originaria, consiste en una relacion puramente material, de hecho (1); por esto la legislacion romana no reconoce, en principio, verdadera posesion, sino donde media aprehension material (2) de cosas corporales (3). Más tarde, no es por una parte necesaria la aprehension material (4); y por otra se reconoce, ya que no verdadera posesion (*corporis*), una como posesion (*quasi possessio, juris possessio*) en las servidumbres, á pesar de que en ellas el objeto de la posesion no suele ser la cosa misma,

(1) Paulo, siguiendo á Labeon, deriva la voz *possessio* de *sedibus* ó *pedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.*—D., XLI, 2, 1, pr.—*Possideo*, de *po* y *sedeo*, estar sentado.

(2) D., XLI, 2, 3, § 18.

(3) D., XLI, 2, 3, pr.; id. 3, 4, § 27.

(4) D., XII, 1,9, § 8; XLI, 2, 47.

que continúa en poder del propietario, sino el derecho que se ejerce (1), de manera que el uso del derecho se considera equivalente á la posesion (2). Aunque calificadas con distintos nombres, que significan el tránsito del materialismo al espiritualismo en el derecho, la *posesion* y la *cuasi-posesion* se encuentran igualmente garantidas por medio de los interdictos que, en armonía con aquéllas, se llaman respectivamente *posesorios* y *cuasi-posesorios*, por más que conduzcan á idénticos resultados (3).

Despues de esto, creemos que la posesion en su sentido jurídico puede ser definida : *El ejercicio intencional y en nombre propio de un derecho real, abstraccion hecha de si el que lo verifica tiene ó no facultad para ello.* Examinando los términos de la definicion, aparece quiénes tienen ó nó posesion jurídica y el doble carácter de ésta.

Decimos *el ejercicio intencional ;* porque la posesion jurídica requiere dos elementos : uno *externo*, que es tener á nuestra disposicion en todo ó en parte la cosa sobre la cual versa el derecho (*corpus*) ; y otro *interno*, que consiste en la intencion de ejercitar el derecho (*animus*). Así, por ejemplo, el dueño de un campo no posee el tesoro que en él se halla enterrado y cuya existencia ignora (4).

De un derecho real. Sólo donde existe una relacion directa del hombre con las cosas se concibe la posesion y se hace necesaria la defensa que ella reclama para que los derechos se encuentren debidamente garantidos. Así vinieron las leyes á reconocer posesion, no solamente en el ejercicio del derecho de propiedad (5), sino de servidumbre (6), de prenda (7), de enfiteusis (8), de superficie (9), de precario que hubiera obtenido la posesion del concedente (10), y de secuestro (11).

En nombre propio. Pues aunque se ejecuten actos que suponen un derecho real, no constituyen posesion jurídica cuando se practican en nombre ajeno. Por eso las leyes consideran que no poseen :

(1) Gayo, IV, 139.—*Inst.*, IV, 15, pr.—D., IV, 6, 23 § 2; VIII, 4, 2; id. 5, 10, pr.; XLIII, 16, 3, § 17; id. 19, 7; id. 26, 2, § 3.

(2) D., VIII, 1, 20.

(3) D., VI, 2, 11, § 1; VIII, 1, 20; id. 5, 8, § 5.

(4) D., X, 4, 15; XLI, 2, 3, § 3; id., id., 44.

(5) D., L, 16, 115.

(6) D., VIII, 1, 20; XLIII, 19, 7. Varias leyes parece que niegan al usufructuario la posesion jurídica; pero es porque se refieren á la *possesssio corporis*, pues la *possessio juris* con todos sus efectos se la reconocen expresamente muchos textos.—D., IV, 6, 23, § 2; VI, 2, 11, § 1; XLIII, 16, 3, § 17.

(7) D., XLI, 2, 1, § 15; id. id., 36 y 40; id. 3, 16.

(8) D., II, 8, 15, § 1; XX, 1, 31.

(9) D., XX, 1, 13, § 3; XLIII, 18, 1, § 1.

(10) D., XLIII, 26, 4, § 1; id. id. 15, § 4.

(11) D., XVI, 3, 17, § 1; XLI, 2, 39,

1.° El administrador, huésped ó amigo (1).
2.° Los que se hallan en potestad de otro (2).
3.° El depositario, no siendo secuestro (3).
4.° El que tiene la cosa en precario sin habérsele concedido la posesion (4).
5.° Aquellos en cuyo favor acuerda la posesion el magistrado (*mittit in possessionem*) para asegurar el cobro de una deuda, de legados, etc.; porque solamente se les confia la custodia (5).
6.° El comodatario (6).
7.° El colono y el inquilino (7).

Las leyes califican la situacion jurídica de estas personas con las frases de *tenent* (8), *esse in possessione* (9), *tenent corporaliter*, *naturaliter*, etc. (10). Podrán tener ó nó derecho, segun los casos, para que el dueño les permita el goce del objeto; pero la ley no les reconoce sino una posesion *de hecho*, nó de derecho (11), porque al entregarles el dueño la cosa, no les trasmitió la posesion jurídica, y poseen en su nombre (12). No les otorga, pues, los recursos legales establecidos para defender la posesion: si un tercero les perturba en ella, se considera despojado el dueño; y á éste corresponde exclusivamente la defensa (13).

Abstraccion hecha de si el que lo verifica tiene ó no facultad para ello. La posesion es un *estado de hecho*, independiente de la manera por la cual se haya adquirido. *Nihil commune habet proprietas cum possessione, nec possessio et proprietas misceri debent*, decían los jurisconsultos; y, siendo cosas enteramente distintas, podían corresponder á diferentes personas; y cabía reclamar por separado la posesion, aunque se hubiera demandado ya la propiedad (14).

Léjos de ser extraño, es indispensable que la ley proteja el simple ejercicio externo de un derecho sin averiguar pré-

(1) D., XLI, 2, 9 y 18.
(2) D., XLI, 2, 49, § 1.
(3) D., VI, 1, 9; XVI, 3, 17, § 1; XLI, 2, 30, § 6.
(4) D., XLIII, 26, 6, § 2.
(5) D., VI, 1, 9; XLI, 2, 3, § 23; id. id., 10, § 1.
(6) D., VI, 1, 9; XIII, 6, 8; XLI, 2, 30, § 6.
(7) D., XLI, 2, 25 y 30, § 6; XLIII, 16, 1, § 22; id. 26, 6, § 2. Los romanos se ocuparon del comodato y del arriendo únicamente bajo el punto de vista de las relaciones personales que como contratos producen entre el dueño y el comodatario ó arrendatario; en términos de equiparar á éstos las leyes citadas, en cuanto á la posesion de la cosa, con el procurador y áun con el siervo del propietario.
(8) D., VI, 1, 9; XLI, 2, 49, § 1; XLV, 1, 38, § 8.
(9) D., XLI, 2, 10, § 1.
(10) D., XLI, 2, 24.
(11) D., XLI, 2, 49, § 1.
(12) D., XLI, 2, 18, pr.
(13) D., XLIII, 16, 1, § 22 y 23; id. 17, 3, § 8.
(14) D., XLI, 2, 12, § 1; id. id., 52, pr.; XLIII, 17, 1, § 2.

viamente los títulos en virtud de los cuales se ejerce; porque sólo al Estado corresponde apreciar las infracciones de las reglas de derecho (1); luego á los funcionarios judiciales debe recurrir quien considere que la posesion de otro le perjudica; y todo el que por su propia autoridad despoje al poseedor, ejecuta una accion reprobada que la ley no puede tolerar, cualesquiera que sean los títulos del que así perturba el órden social. Los derechos más legítimamente adquiridos se encontrarían á merced de la fuerza ó astucia, si la ley no hiciera respetar la posesion.

Las doctrinas que preceden nos muestran el doble carácter que tiene la posesion jurídica:

1.° En sí misma es un hecho. Aceptando Paulo la opinion de Ofilio y Nerva, dice que poseer *rem facti, non juris est* (2). Siendo un hecho, la ley no puede crearlo: por esta razon vemos que en virtud del postliminio recobra el ciudadano la patria potestad, la tutela y demas derechos que gozaba al caer prisionero, con todos sus efectos, como si nunca los hubiera perdido; mas, en cuanto á la posesion, queda interrumpida durante su cautiverio la que él tenía personalmente, al paso que no se interrumpe la que tuviera por terceras personas, quienes continúan poseyendo miéntras permanece en la cautividad; *facti autem causæ infactæ nulla Constitutione fieri possunt* (3).

2.° Pero con ser un hecho, *plurimum ex jure possessio mutuatur.... quia possessio non tantum corporis sed juris est*, nos dice Papiniano (4), y en efecto, más adelante verémos que la ley reglamenta aquel hecho determinando quiénes y cómo pueden adquirir y perder la posesion, y las cosas que pueden ser poseidas.

Ahora bien, ¿constituye un derecho la posesion? Ni los antiguos ni los modernos han llegado á ponerse de acuerdo sobre este punto, que es de mera apreciacion y sin verdadera importancia práctica, supuesto que todos reconocen, como no pueden ménos de hacerlo, unos mismos efectos legales. Se niega comunmente á la posesion el carácter de derecho, por-

(1) *Prolegómenos*, página 131.

(2) D., XLI, 2, 1, § 3.

(3) D., IV, 6, 19; XLIX, 15, 12, § 2. No se opone á esto el que la ley permita reclamar un objeto contra el que no le posee cuando cesó dolosamente de poseerle, ó contestó á la demanda como si le poseyera. Los autores suelen ver en este caso una posesion supuesta por la ley, *ficta possessio*, porque trata como poseedor al que no tiene el objeto; pero en realidad á lo que le condena es á pagar el valor de aquél por la mala fe con que se ha conducido el demandado. — D., V, 3, 13; § 14; id. id., 25, § 2; VI, 1, 27, § 3, id. id., 36, pr., etc.

(4) D., XLI, 2, 49.

que no goza de proteccion tan completa y absoluta como los verdaderos derechos, pues la accion que produce sólo puede entablarse contra la persona que perturba; de lo cual se infiere que su fin no es tanto proteger al poseedor como reprimir el desman del perturbador. Alegan otros en sentido opuesto que todo derecho tiene sus limitaciones, y que los mismos romanos emplean frecuentemente la locucion *jus possessionis* (1). Lo cierto es que la posesion se encuentra legalmente garantida, y que produce las acciones oportunas, ya para la defensiva, ya para la ofensiva, segun la clase á que pertenezca, como vamos á ver.

2.° Clases de posesion jurídica: sus efectos respectivos (2).

La ley patrocina más ó ménos la posesion segun la manera con que haya sido adquirida y segun la persuasion que acerca de ella tenga el poseedor.

(A) *Segun la manera con que haya sido adquirida* se clasifica la posesion en *injusta* ó *viciosa* y *justa* ó *no viciosa* (3). Se denomina *injusta* ó *viciosa* la que se adquiere ó *vi*, ó *clam*, ó *precario*. Llámase, por el contrario, *justa* ó no *viciosa* la que carece de todos estos vicios (4).

Posee *vi* el que, mediante la fuerza ó la intimidacion, expulsa al poseedor anterior, ó le inhabilita para la resistencia, ó le impide entrar en la finca de que se apoderó en su ausencia; pero nó el que se vale de la fuerza para conservarse en la posesion que ya tenía (5).

Posee *clam* el que ha entrado en la posesion ocultamente, ignorándolo aquel que podía contradecirle, para evitar que se opusiera. Si la posesion se hallaba abandonada, *vacua*, la ad-

(1) D., XLI, 2, 44; XLIII, 8, 2, § 38; XLVIII, 6, 5, § 1.

(2) Para evitar que el número de clasificaciones fatigue la memoria y produzca confusion, las reducimos á dos; indicarémos, sin embargo, varios calificativos que emplean los escritores. Llaman *simple detentacion*, contraponiéndola á la *posesion jurídica*, el hecho de retener un objeto sin la intencion de ejercer un derecho; posesion *derivada* ó *trasmitida*, la que goza todo el que no posee á título de propietario; posesion *corporis* y *juris* ó *quasi possessio*, segun se tenga sobre una cosa corporal ó sobre un derecho. Distinguen, por último, una posesion *civil* y otra *natural*, acerca de cuya nomenclatura encontramos la mayor divergencia; porque ya se estima equivalente á la de simple detentacion y posesion jurídica, ya á la de justa é injusta, ya á la de buena y mala fe. Los romanos aplicaron las frases *possidere civiliter*, *naturaliter*, *corporaliter*, etc. á tan diversas situaciones que no puede atribuírseles una significacion determinada con sus efectos propios; de manera que carece de importancia práctica.

(3) Gayo, IV, 151.—D., XLI, 2, 13, § 13.

(4) Gayo, IV, 151. — *Inst*, IV, 15, § 4.— D., XLI, 2, 13, § 13; XLIII, 17, 1, pr. y § 5 y 9.

(5) D., XLIII, 16, 1, § 4; 24, 26, 28, 29 y 47; id. id., 3, § 7, 8 y 14; id. id., 12 y 18 pr.

quiere el nuevo poseedor por más que sea viciosa (1): en otro caso, el poseedor anterior conserva la posesion miéntras no se le impida por fuerza ó miedo volver á ella, pues entónces la pierde, y el causante de la fuerza ó del miedo posee *vi* (2). Por esto se dice que respecto de las cosas que se hallan poseidas no hay posesion clandestina : *non possidet qui clam possidet.* Para calificar de clandestina la posesion se estiman únicamente las circunstancias que concurrieron en el momento de su adquisicion, prescindiendo de los acontecimientos posteriores. Será, por tanto, clandestina la posesion adquirida furtivamente, aunque despues se haga llegar á conocimiento del dueño ; y no será clandestina la adquirida de buena fe, aunque más tarde se oculte (3).

Posee, últimamente, *precario* el que tiene en su poder un objeto cuyo uso se le concedió á ruego suyo y durante la voluntad de quien le otorgó la concesion (4). Esta posesion es justa miéntras el dueño no la reclame ; pero deja de serlo tan luego como la pide (5).

A pesar de la considerable diferencia que media entre la posesion justa é injusta, nos dice Paulo, siguiendo el dictámen de Labeon, *in summa possessionis, non multum interest juste quis, an injuste possideat* (6). ¿Significa esto que la ley mira con igual favor ambas clases de posesion? Cuando se trata de la *defensiva*, las equipara ciertamente. No puede permitirse que nadie arrebate por la fuerza una posesion justa ó injusta. Cualesquiera que sean los títulos del despojante, debe hacerlos valer ante la autoridad pública, sin tomarse la justicia por sí mismo. La ley mantiene el *statu quo* miéntras se ventilan en juicio las pretensiones de cada uno (7): de aquí el llamarse á toda posesion jurídica *possessio ad interdicta*. Fuera de este caso, existe alguna diversidad entre la posesion justa é injusta, que verémos en el Título de Interdictos (8).

(B) *Segun la persuasion en que esté el poseedor*. Se llama *de buena fe* la posesion cuando el poseedor se halla persuadido de que le corresponde legítimamente; y *de mala fe*, cuando falta esta conviccion.

Tanto la posesion justa como la injusta pueden ser de buena y de mala fe. La posesion de un objeto comprado es

(1) *Inst.* II, 6, § 7. — D., XLI, 3, 4, § 28; id. id., 37, § 1.
(2) D., XLI, 2, 3, § 7 y 8; id. id., 6, § 1; id, id. 7; id. id., 25, § 2; id. id., 44, § 2; id. id., 45 y 46; XLIII, 16, 1, § 25. — C., VIII, 4, 11.
(3) D., XLI, 2, 6 y 40, § 1.
(4) D., XLIII,, 2, 1, pr.; id. id. 2, § 3.
(5) D., VI, 2, 13, § 1; IX, 4, 22, § 1; X, 3, 7, § 4.
(6) D., XII, 2, 3, § 5,
(7) *Inst.*, IV, 15, § 6.
(8) *Inst.*, IV, 15.

siempre justa, porque no ha sido obtenida *vi*, *clam*, ni *precario*: mas si el comprador tiene la conviccion de que el vendedor era dueño y podía enajenar, será de *buena fe*; si sabía que no era dueño ó no tenía facultad para vender, será de *mala fe*. Del mismo modo, la posesion adquirida por fuerza, *vi*, es siempre injusta; pero será de *buena fe*, si el despojante creía ser dueño de la cosa; y de *mala fe*, si le constaba que ningun derecho tenía sobre ella.

Ahora bien, la posesion que, además de ser justa, es de *buena fe*, goza de una doble ventaja: como justa, da derecho á la *defensiva*, por medio de los interdictos, contra toda agresion, segun hemos visto; y como de buena fe, da derecho á la *ofensiva*, es decir, produce una accion llamada *publiciana*, en virtud de la cual el poseedor puede vindicar la cosa de cualquiera que la tenga sin título ó con título inferior al suyo, como verémos en el tratado de Acciones (1). De otra parte, el que posee con buena fe hace suyos los frutos que vaya percibiendo; y si continúa en la posesion durante los plazos que la ley señala para usucapir, llega á ser propietario; todo lo cual hallarémos consignado respectivamente en este mismo Título y en el 6.° inmediato. Tal es el motivo de llamarse á la posesion de buena fe *possessio ad usucapionem*.

3.° CONDICIONES NECESARIAS PARA SU ADQUISICION (2).

Siendo la posesion un hecho, parece que el legislador no debería fijar reglas sobre ella, supuesto que no puede cambiar las leyes físicas; pero como es un hecho que produce efectos jurídicos, necesita determinar las condiciones que deben concurrir en el sugeto, objeto y manera de adquirirla si ha de dispensarle su proteccion.

Dos principios dominan en esta materia:

1.° *Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore* (3). Ya sabemos que el *animus* consiste en la intencion de poseer, y el *corpus* en que la cosa se halle bajo nuestro poder de manera que nos sea dado disponer en todo ó en parte de ella.

2.° *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* (4). El que ha obtenido la posesion *animo et corpore* en determinado concepto, no cambia el título de su posesion con sólo formar el

(1) *Inst*, IV, 6.

(2) De la cuasi-posesion que tiene lugar en las servidumbres nos ocuparémos al tratar de ellas.

(3) D., XLI, 2, 3, § 1; id. id., 41.

(4) D., XLI, 2, 19, § 1.

propósito de poseer para lo sucesivo en concepto distinto, miéntras no abandone la posesion que tenía y la adquiera nuevamente por otro título. Es una consecuencia del anterior, porque no basta el *animus*, sino que se necesita el *corpus*, para adquirir una nueva posesion.

Veamos la aplicacion de estos principios al sugeto, objeto y manera de adquirir la posesion, donde observarémos nuevamente el tránsito del materialismo al espiritualismo.

(A) *Sugeto.*

Debiendo existir el *animus possidendi* para que haya posesion, no podian adquirir ésta los que carecían de inteligencia ó de voluntad; en cuyo caso se encontraban:

1.° *El furioso* (1).

2.° *El infante*; pero llegó á reconocérsele capaz de comenzar á poseer con autoridad del tutor; lo cual se admitió *utilitatis causa*, á pesar de que el infante no tenía conocimiento del acto (2).

3.° El *pupilo*, á no ser con autoridad del tutor; y áun sin ella, cuando ya tenía inteligencia (3).

4.° Los *hijos de familia*, en beneficio propio (4); mas fueron reputados capaces á medida que se introdujeron los peculios (5).

5.° Los *esclavos*, en nombre suyo, como destituidos de personalidad jurídica (6).

6.° Los *prisioneros de guerra*, porque ellos mismos eran poseidos (7).

7.° Las *personas jurídicas*, *quia uni consentire non possunt* (8); pero con el tiempo vino á reconocérselas capacidad (9).

8.° Ninguno *por medio de persona extraña*, pues se trataba de un acto personalísimo; más tarde, sin embargo, se admite la representacion *ratione utilitatis et juris prudentia* (10). En otro caso, dice Paulo, ni poseería aquél á quien se entregó la cosa, porque no tenía *animus possidendi*; ni el que la había entregado, porque había cesado en su posesion.

Necesitándose que el *animus possidendi* vaya acompañado del *corpus*, ó sea del poder físico sobre la cosa, resulta

(1) D., XLI, 2, 1, § 3, id. id. 18, § 1.
(2) D., XLI, 2, 32, § 2.—C. VII, 32, 3.
(3) D., XLI, 2, 1, § 3.
(4) D., XLI, 2, 49, § 1; L, 17, 93.
(5) D., XLI, 3, 4, § 1.—C. VI, 61, 6.
(6) D., XLI, 2, 24 y 49, § 1; XLV, 1, 38, § 7 y 8.
(7) D., XLI, 2, 23, § 1.
(8) D., XLI. 2, 1, § 22.
(9) D., X, 4, 7, § 3, XLI, 2, 2.
(10) C. VII, 32, 1.

que varias personas no pueden poseer á la vez y en totalidad un mismo objeto; porque si bien muchas pueden formar intencion de poseerle, es imposible que de hecho se encuentre en poder de cada una de ellas: *plures eamdem rem in solidum possidere non posunt*; *contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.... Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris,* dice Paulo (1). Esto no impide que la posesion de una misma cosa corresponda *pro indiviso* á muchos (2); ni que, dividida una finca, cada uno posea la parte que se le adjudicó (3); ni, por último, que el dueño de una cosa sujeta á la servidumbre conserve la posesion corporal (*corporis*), y el que goza de la servidumbre tenga la posesion de su derecho, *juris*, que para diferenciarla de aquélla se llama *quasi possessio*.

(B) *Objeto.*

Segun hemos dicho al principio, únicamente podían ser objeto de verdadera posesion las cosas corporales (4), nó las incorporales (5); pero se admitió en las servidumbres una *quasi-possessio* (6).

No se reconoce posesion sobre las cosas que se hallan *extra commercium*; y, como tales, sobre las sagradas, religiosas y hombres libres (7).

Las cosas no susceptibles de posesion conservan este carácter aunque vengan á formar parte de una universalidad; porque la posesion se estima, nó respecto del conjunto, sino de cada uno de los objetos que la constituyen (8).

(C) *Manera de adquirirla.*

El hecho por el cual se adquiera la posesion debe reunir el *animus* y el *corpus* en los términos siguientes:

(a) *Animus.*

Cuando adquirimos la posesion por nosotros mismos, basta que medie nuestra propia intencion.

Cuando la adquirimos por una tercera persona, se necesita:

1.° Que haya intencion por nuestra parte; porque, como dice Paulo, *animo nostro, corpore etiam alieno possidemus* (9); de aquí, el adagio *ignoranti possessio non acquiritur*. Pero

(1) D., XLI, 2, 3, § 5.
(2) D., XIII, 6, 5, § 15.
(3) D., XLI, 2, 26.
(4) D., XLI, 2, 3, pr.
(5) D., XLI, 3, 4, § 27.
(6) D., IV, 6, 23, § 2, XLIII, 16, 3, § 17; id. 19, 7.
(7) D, XLI, 2, 30, § 1.
(8) D., XLI, 3, 30, § 2.
(9) D., XLI, 2, 3, § 12.

no es indispensable que formemos intencion en el momento mismo de comenzar á poseer nuestro representante; sobre este punto deben distinguirse tres hipótesis: 1.ª Si le hemos dado encargo expreso de que tome posesion, adquirimos ésta desde que lo verifica, aunque ignoremos cuándo ha tenido efecto (1); por más que no comenzamos á prescribir hasta que tengamos conocimiento de la posesion tomada de nuestra órden (2). 2.ª Si una tercera persona toma oficiosamente posesion á nuestro nombre sin habérselo mandado, no la adquirimos hasta que ratifiquemos lo hecho (3). 3.ª No se necesita encargo anterior ni ratificacion posterior del interesado para adquirir la posesion por medio de su representante cuando aquél carece de voluntad, como el infante, el loco y las personas jurídicas (4); ni cuando el representante se halla sometido á la potestad del interesado que le ha concedido un peculio, *ex peculiari causa*, frase que excluye las adquisiciones ilegítimas (5).

2.° Que nuestro representante sea capaz de adquirir la posesion (6); pero los sometidos á potestad, aunque carezcan de inteligencia, adquieren para su jefe (7).

3.° Que la intencion de nuestro representante sea adquirir la posesion para nosotros; porque si se propone adquirirla para sí ó para un tercero, no somos poseedores (8). Esto, sin embargo, solamente tiene lugar cuando nos proponemos adquirir la posesion de una cosa *nullius* ó ajena sin voluntad de su actual poseedor; mas si hemos convenido con éste la entrega, nos constituimos poseedores, cualquiera que sea la intencion de nuestro representante al recibirla, miéntras no practique actos que nos desposean (9); *nemo sibi causam possesionis mutare potest.*

(b) *Corpus.*

No basta la intencion de poseer que tengamos nosotros ó nuestro representante: se necesita que uno ú otro practiquemos un acto capaz de poner la cosa á nuestra disposicion, esto es, la aprehension.

Las condiciones de este acto varían segun las circunstancias de la cosa cuya posesion intentamos conseguir: pueden

(1) D., XLI, 1, 13, pr.; id. 2, 42, § 1. —C. VII, 32, 1.

(2) D., XLI, 2, 49, § 2; id. 3, 47; id. 4, 2, § 11.—C. VII, 32, 1.

(3) D., XLI, 2, 42, § 1.

(4) D., X, 4, 7, § 3; XIII, 7, 11, § 6; XLI, 1, 13, § 1; id. 2, 1, § 20.

(5) D., XLI, 2, 1, § 5; id. id., 3, § 12; id. id., 4, 24 y 44, § 1.

(6) D., XLI, 2, 1, § 9 y 10.

(7) D., XLI, 2, 1, § 5.

(8) D., XLI, 2, 1, § 19 y 20.

(9) D., XXXIX, 5, 13; XLI, 1, 37, § 6.

ser cuatro muy distintas, y que exigen formas progresivamente más rigurosas.

Si la cosa pertenece al mismo sugeto que va en lo sucesivo á continuar poseyendo en nuestro nombre, adquirimos la posesion con sólo que él declare que se constituye poseedor á nuestro nombre para en adelante, por más que siga teniendo el objeto en su poder. Basta, pues, el *animus*, porque la aprehension sería imposible (1). A este acto suele denominarse *constitutum possessorium*.

Si la cosa pertenece á un tercero, y éste se halla conforme en transferirnos la posesion, el acto se llama *tradicion*; y como se limita á recibir una posesion ya creada que voluntariamente se nos entrega, puede practicarse en formas muy sencillas, como verémos en el § 40 de este Título.

Si la cosa es *nullius*, tratamos ya de establecer una posesion que no existía y que deben respetar los demas hombres á quienes privamos del derecho que tenían á poseerla; luego el acto debe revestir un carácter de publicidad suficiente para que todos tengan conocimiento de la nueva posesion. Denomínase *ocupacion*, y de ella tratarémos en el § 12 inmediato.

Por último, si la cosa es ajena y el poseedor no ha consentido entregarla, el acto necesita ser de condiciones bastantes á producir la pérdida de la posesion creada y el establecimiento de una nueva: los casos en que esto sucede pertenecen al extremo que sigue á continuacion.

4.° Cómo se pierde.

Una vez adquirida la posesion *animo et corpore*, segun acabamos de exponer, la conservamos miéntras subsistan reunidas estas dos condiciones; y se entiende que permanecen hasta que ó renunciemos á nuestro propósito, ó acontezca algo que nos impida disponer de la cosa, sin que sea necesario renovar la intencion y ejercitar nuestro poder incesantemente (2): *tamdiu retinetur, quamdiu non amittitur.*

La perdemos, por el contrario, cuando desaparece una de aquellas condiciones ó ambas á la vez (3). Veamos los casos

(1) D., XLI, 2, 18, pr.—C., VIII, 54, 28.

(2) D., XLI, 2, 3, § 13.

(3) Paulo dice: *Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* (D., XLI, 2, 8; L, 17, 153.) De esta ley infieren algunos que sólo se pierde la posesion cuando faltan á la vez el *animus* y el *corpus*. No puede admitirse esta interpretacion: 1.° Porque en otros muchos textos se declara terminantemente lo contrario, segun verémos. 2.° Porque, exigiendo la posesion que concurran simultáneamente ambas circunstancias, debe por necesidad perderse

en que esto sucede, ya por parte del poseedor ó de su representante, ya del objeto poseido, ya del hecho que ejecute una tercera persona.

(A) DE PARTE DEL POSEEDOR Ó DE SU REPRESENTANTE.

La influencia del *animus* y del *corpus* en conservar y perder la posesion es muy diferente, segun poseamos por nosotros mismos ó por medio de representante.

Cuando poseemos en nuestro propio nombre, perdemos la posesion, bien falte el *animus* ó el *corpus*, ó ambas cosas: cuando por medio de representante, no la perdemos, porque á éste le falte el *animus*. Trataremos separadamente los dos casos.

(a) *Posesion en nombre propio.*

Falta del animus.—Existe desde que formamos el propósito de no poseer en lo sucesivo, pues, como dice Paulo, la posesion *amitti et solo animo potest, quamvis acquiri non potest* (1). Ulpiano á su vez escribe: *Differentia inter dominium et possessionem hæc est, quod dominium ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit ut quisque constituit nolle possidere* (2). Fíjese bien, sin embargo, que no es suficiente al efecto tener más ó ménos abandonada ú olvidada la posesion, sino que es necesario: 1.° Haber resuelto positivamente no volver á poseer (3). 2.° Que esta resolucion se acredite, sin que baste presumirla: así, no se entiende por ejemplo, que renuncia á la posesion quien haya comenzado reclamando la propiedad sin hacer mérito de la posesion (4).

De aquí resulta: 1.° Que las personas destituidas de voluntad no pueden perder la posesion por sólo la falta del *animus*, cual sucede al loco (5) y al pupilo sin la autoridad del tutor (6); pero si además de renunciar, entrega la posesion á un tercero, perderá ésta, por más que la renuncia sea ineficaz (7). 2.° Que cuando el poseedor cae bajo la potestad de otro, cesa en la posesion (8); mas tengamos presente que el derecho nuevo reconoce á los hijos de familia la posesion de los peculios.

Falta del corpus. La produce todo acontecimiento que nos

tan luego como falta una de ellas. 3.° Porque la palabra *uterque* se usa por el mismo jurisconsulto en otros pasajes como quivalente á la de *alteruter*. (D., XXXVIII, 10, 10, § 13.)

(1) D., XLI, 2, 3, § 6.
(2) D., XLI, 2, 17 § 1.
(3) D., XLI, 2, 3, § 6; id. id., 44, § 2; XLIII, 16, 1, § 25.—C., VII, 32, 4.
(4) D., XLI, 2, 12, § 1.
(5) D., XLI, 2, 27.
(6) D., XLI, 1, 11.
(7) D., XLI, 2, 29; id, 4, 2, § 15 y 16.
(8) D., XLI, 2, 30, § 3.

coloque en la imposibilidad física ó legal para disponer de la cosa. Tales son:

1.° La *pérdida* del objeto en términos que ignoremos su paradero (1). No se entiende *perdido* el objeto colocado en cierto lugar, *custodiæ causa*, por más que no recordemos el sitio, miéntras no se apodere de él una tercera persona (2).

2.° La *fuga* de los animales, segun su naturaleza. Si son *fieros*, perdemos su posesion y dominio tan luego como recobran su primitiva libertad; y se entiende que la recobran cuando los perdemos de vista, ó es muy difícil perseguirlos con resultado (3). Si *amansados*, cuando pierden la costumbre de ir y volver, *animum revertendi* (4). Si *mansos ó domésticos*, cuando los hayamos perdido, como cualquier otro objeto (5).

En ninguno de estos casos se consideraba al esclavo por más que se pretendiera equipararle á los irracionales. Su fuga era intencional, y no podia admitirse que menoscabára los derechos de su dueño: éste continuaba poseyéndole y haciendo suyo cuanto adquiriese el esclavo fugitivo miéntras no se apoderase de él otro ciudadano ó sostuviera judicialmente que era hombre libre (6).

Falta del animus y del corpus, en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando fallece el poseedor; y sus herederos no adquirirán la posesion con sólo adir la herencia (7).

2.° Cuando cae en esclavitud ó cautiverio, segun ya se ha dicho.

3.° Cuando abandona el objeto, *derelictio* (8), aunque sea hijo de la necesidad, v. gr., cuando le arroja al mar para aligerar la nave y evitar un naufragio (9), si bien conserva el dominio (10).

4.° Cuando entrega voluntariamente el objeto á otra persona, *traditio* (11).

(b) *Posesion por medio de representante.*

El *animus* de nuestro representante influye poderosamente cuando se trata de adquirir la posesion, segun hemos visto; pero carece de toda importancia para perderla. Una vez ad-

(1) D., XLI, 2, 25, pr.; id. id., 47.
(2) D., XLI, 2, 3, § 13: id. id., 44, pr.
(3) *Inst.* II, 1, § 12 y 14.—D., XLI, 1, 3, § 2, id. id., 5, pr.
(4) *Inst.* II, 1, § 15.—D., XLI, 1, 4 y 5, § 4 y 5; id. 2, 3, § 15; id. id., 16.
(5) D., XLI, 2, 3, § 13.
(6) D., XLI, 2, 3, § 14; 13, pr.; 15, 47 y 50, § 1; id. 3, 15, § 1.
(7) D., XLI, 2, 23, pr.; 30 §, 5; XLIII, 4, 1, § 15.
(8) *Inst.* II, 1, § 47.—D., XLI, 2, 3, § 6; id. 7, 1 y 3.
(9) D., XLI, 2, 13, pr.
(10) *Inst.* II, 1, § 48.—D., XLI, 1, 58; id, 2, 21, § 1.
(11) D., XLI, 2, 3, § 9.

quirida, el *animus* reside en nosotros, y el *corpus* en nuestro representante, de quien Celso dice *alium possessorem ministerio meo facio* (1): es, pues, un instrumento de que nos valemos para poseer, *ministerium præstat nostræ possessioni.*

Consecuencias de este principio son:

1.ª Que no perdemos la posesion aunque falte la voluntad de nuestro representante, sea que muera, ó pierda la razon, ó de cualquier otro modo se constituya incapaz; porque todos estos sucesos únicamente inutilizan el instrumento de que nos valíamos, y nos colocan en el caso de empezar á poseer por nosotros mismos (2), ó de continuar poseyendo por medio del heredero de nuestro representante (3).

2.ª Que tampoco la perdemos, porque nuestro representante forme intencion de poseer en nombre suyo; pues *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (4).

3.ª Que la conservamos igualmente, aunque nuestro representante la abandone ó facilite á un tercero la entrada en ella, miéntras éste no nos desposea por alguno de los medios que verémos en el extremo siguiente. Así entendemos la constitucion de Justiniano (5) que cortó las antiguas diferencias (6) y tan divididos trae á los escritores modernos.

Pero si nuestra posesion no depende de la existencia ó cambio de voluntad en nuestro representante, porque el *animus* reside en nosotros, podemos perderla cuando el que nos representa ejecute algun acto que constituya una desposesion *corpore*, porque éste se lo hemos confiado. Perdemos, pues, la posesion:

1.º Cuando el mismo representante nos la usurpa; v. gr., el depositario sustrae la cosa depositada, *contrectatio* (7); el colono impide la entrada al dueño ó á quien éste vendió la finca, *dejectio* (8).

2.º Cuando entrega la cosa á otro que se propone adquirirla para sí, como sucede en caso de venta (9); mas nó si la recibe en concepto de poseer á nombre de otro, v. gr., mi depositario ó comodatario la entrega á un tercero en calidad de

(1) D., XLI, 2, 18, pr.

(2) D., XLI, 2, 3, § 8; 25 § 1; 40, § 1; id. 3, 31, § 3.

(3) D., XIX, 2, 60, § 1.

(4) Parece autorizar la doctrina opuesta un fragmento de Papiniano (D., XLI, 2, 47); pero leido con detencion, se ve que el jurisconsulto no hace sino recordar la doctrina de los antiguos.

(5) C., VII, 32, 12.—D., XLI, 2, 25, § 2 id. id., 46.

(6) D., IV, 3, 31; XLI, 2, 31 y 40, § 1.

(7) D., XLI, 2, 3, § 18; XLVII, 2, 1, § 2; id. id., 67. pr.

(8) D., XLI, 2, 25, § 2; XLIII, 16, 12 y 18, pr.

(9) D., XLI, 3, 33, § 1 y 4.

comodato ó depósito ; mi colono arrienda la finca á otro (1).

(B) De parte del objeto.

Perdemos la posesion

1.° Si la cosa perece, ó pasa á estar fuera del comercio; v. gr., el terreno se hace religioso, ó le ocupa el rio ó el mar; el esclavo adquiere la libertad (2).

2.° Si la cosa es trasformada en otra especie distinta; como, si de lana se hace un vestido (3).

(C) De parte de una tercera persona.

Debemos distinguir tres casos: 1.° Si tenemos abandonada la posesion. 2.° Si poseemos por nosotros mismos. 3.° Si poseemos por representante.

Cuando tenemos abandonada la posesion, la adquiere el que se apodera de ella, por más que sea viciosa, como dijimos en la posesion obtenida *clam*.

Cuando poseemos por nosotros mismos, no perdemos la posesion por el solo hecho de que un tercero ocupe en todo ó en parte el objeto durante nuestra ausencia (4); pues continuamos poseyendo *animo* (5): es necesario que se haya apoderado empleando la fuerza (6), ó aprisionándonos (7), ó haciéndonos huir (8), ó impidiendo que entremos en la finca (9); ó que, teniendo conocimiento de la ocupacion (10), nos abstengamos por miedo de entrar en ella (11). Miéntras no ocurre alguno de estos acontecimientos, conservamos la posesion, aunque el tercero permanezca en nuestra finca (12).

Cuando ejercemos la posesion por medio de representante, la perdemos siempre que á éste se le priva de ella por cualquiera de los medios que acabamos de enumerar, aunque nosotros ignoremos el despojo (13); pero en tanto que nuestro representante conserve la posesion, no se pierde para nosotros, aunque personalmente seamos expulsados (14).

Dos advertencias para concluir:

1.ª En los casos expresados perdemos la posesion, bien el causante del despojo continúe en ella, bien la haya abandonado y apoderádose un tercero (15).

(1) D., XLI, 2, 30, § 6.
(2) D., XLI, 2, 3, § 17; id. id., 30, § 1, 3 y 4.
(3) *Inst.*, II, 1, § 25.—D., XLI, 2, 30, § 4.
(4) D., XLI, 2, 6, § 1; id., 18, § 3.
(5) D., XLIII, 16, 1, § 25.
(6) D., XLI, 2, 18, § 4.
(7) D., XLIII, 16, 1, § 47.
(8) D., XLIII, 16, 1, § 29.
(9) D., XLIII, 16, 3, § 8.
(10) D., XLI, 2, 46.
(11) D., XLI, 2, 3, § 8; id. id., 7; XLIII, 16, 1, § 24.
(12) D., XLI, 2, 25, § 2.
(13) D., XLI, 2, 44, § 2; XLIII, 16, 1, § 22 y 46.
(14) D., XLIII, 16, 1, § 45.
(15) D., XLI, 3, 4, § 22.

2.ª Podemos emplear la fuerza para defender ó recuperar (*confestim, non ex intervalo*) la posesion que por la fuerza trata de quitársenos ó de que se nos ha privado (1), y en este segundo caso se entiende que no la hemos perdido (2); mas si nos aquietamos, la perdemos y necesitamos utilizar los medios legales para recobrarla.

III.

DOMINIO.

1.º Definicion y naturaleza ordinaria del dominio: limitaciones de que es susceptible.

No hallamos en los jurisconsultos romanos definido el *dominio*. Esta omision puede reconocer dos motivos: 1.º Que la idea abstracta del dominio se identificaba con el objeto sobre el cual se tenía, hasta el punto de tratarse el dominio en el presente Título como cosa corporal, separándole de los restantes derechos ó cosas incorporales que se dejan para el inmediato, como ya hemos notado. 2.º Que los demas derechos reales confieren una facultad determinada, y es por tanto fácil definirlos concretamente de suerte que se distingan unos y otros; pero en el dominio se presenta la cosa ilimitadamente sometida á la persona, de manera que comprende cuantas facultades puede tener el hombre sobre un sér físico, y no es dable expresarlas taxativamente: así se limitaron á llamarle *plena in re potestas* (3), *plenum jus* (4) etc. Pero ya que no puedan encerrarse dentro de los límites de una definicion las innumerables atribuciones del dueño, pueden sí contenerse las clases á que corresponden aquéllas; y bajo este concepto le definimos: *El derecho de usar, disfrutar, vindicar y disponer de una cosa corporal sin mas restricciones que las impuestas por las leyes reguladoras de la propiedad.* Veamos los términos de la definicion.

El derecho de dominio confiere al propietario las facultades siguientes:

1.ª *De usar, jus utendi*, que le autoriza para servirse de la cosa en la forma que guste.

2.ª *De disfrutar, jus fruendi*, en virtud de la cuál se utiliza de todos los frutos que la cosa produzca.

(1) D., XLIII, 16, 3, § 9.
(2) D., XLIII, 16, 17.
(3) *Inst.* II, 4, § 4.
(4) Gayo, I, 167.

3.ª *De vindicar, jus vindicandi*, esto es, hacer valer sus derechos contra todo el que los desconozca, pudiendo al efecto ejercitar las acciones que en su lugar expondrémos.

4.ª *De disponer, jus disponendi*, ó sea, cambiar su forma, consumirla ó traspasarla á otro.

De una cosa corporal. El dominio, como derecho real, supone una relacion directa entre la persona y un sér físico que de hecho la esté sometido, nó una simple relacion de persona á persona: el comprador, v. gr., de una cosa no es dueño de ella miéntras no se le entrega, aunque haya pagado el precio y tenga derecho perfecto para que se le entregue (1).

Sin más restricciones que las impuestas por las leyes reguladoras de la propiedad. Todos los derechos del individuo necesitan subordinarse al criterio del Estado para que resulte el órden social y el bienestar comun (2). Las facultades que el dominio comprende han sido reguladas por las leyes, cuyas principales disposiciones son las siguientes:

En general corresponden al dueño las expresadas facultades tan latamente que puede ejercerlas áun con perjuicio de tercero; v. gr., edificar en su terreno, aunque prive de la luz ó del tránsito (3); abrir un pozo y practicar obras, aunque corte las venas del pozo ó fundo inmediato (4): de aquí, el adagio *qui jure suo utitur neminem lædit.*

La ley, sin embargo, prohibe toda innovacion que, sin proporcionar ventaja al dueño, tenga por exclusivo fin ocasionar perjuicio; cual sería cortar las venas de agua, nó para sanear la finca, sino para impedir que lleguen al predio vecino (5); levantar paredes con el único propósito de quitar las vistas que tiene otro edificio (6).

Prohibe asimismo todo aquello que, si bien útil al dueño, produzca deterioro ó incomodidad al predio ajeno; como hacer excavaciones que pongan en peligro la finca inmediata: recoger ó depositar aguas cuyas filtraciones ó vapores perjudiquen, etc. (7).

Finalmente, además de estas disposiciones generales, las

(1) D., XIX, 1, 40.—La relacion directa entre el hombre y la cosa que existe en todo derecho real puede quizá explicarnos la extension que dan las leyes á la voz dominio cuando la usan para designar aquéllos, sin embargo de tener cada uno su nombre especial *dominium usufructus* (D., VIII, 6, 3), *dominium hypothecæ* (D. XX, 1, 16: § 5.) etc.

(2) *Prolegómenos*, pág. 34.

(3) D., VIII, 2, 9 y 14.—C. III, 34, 8 y 9.

(4) D., XXXIX, 2, 24, § 12; id. 3, 21.

(5) D., XXXIX, 3, 1, § 12; y 2, § 9.

(6) Nov. LXIII.

(7) D., VIII, 2, 19, pr.; id. 5, 8, § 5 y 7; XXXIX, 2, 24, § 12.

han dictado especiales tanto para los predios urbanos como para los rústicos.

Con relacion á los urbanos fijan la distancia que debe mediar entre los edificios (1); la mayor altura que puede dárseseles (2); las ventajas de que no puede privarse á los inmediatos (3); y la prohibicion de especular con las obras de arte separándolas de los edificios donde se hallan (4).

Para los rústicos establecen el disfrute de las aguas (5); cuando se tiene derecho para hacer cortar las ramas ó arrancar los árboles de la heredad inmediata que perjudiquen (6); los casos en que debe permitirse á un extraño la entrada ó el paso por el fundo (7); y la obligacion de tolerar que un tercero explote las minas ó canteras cuando el propietario no quiera verificarlo por sí mismo (8).

Tal es la naturaleza ordinaria del dominio reglamentado por las leyes; pero estas facultades, que corresponden al dueño por derecho comun, pueden hallarse limitadas, bien en conjunto, bien cada una de ellas en particular.

(A) *Limitacion del dominio en conjunto.* Tiene lugar en el caso de *copropiedad.*

Dos ó más individuos no pueden tener á la vez dominio entero sobre una misma cosa; pero pueden tenerle *pro indiviso*, de manera que corresponda el derecho de propiedad y las acciones que nacen de la misma á todos ellos (9) sin que ninguno le tenga á toda la cosa ni á parte determinada de ella: *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*, dice Ulpiano siguiendo á Celso (10).

Siendo, pues, jurídicamente divisible el dominio, cada uno de los copropietarios puede disponer libremente de su derecho, enajenando y trasfiriendo á un tercero la parte alícuota, *pars indivisa*, que tiene en el derecho de propiedad (11), é hipotecarla (12). Mas, como la servidumbre es in-

(1) D., VIII, 2, 14; X, 1, 4, § 3; id. id., 17, pr.—C. VIII, 10, 9, 11 y 12.
(2) D., VIII, 2, 11, § 1; id. id. 24. XXXIX, 1, 1, § 17.—C. VIII, 10, 1 y 12.
(3) D., X, 1, 13.—C. VIII, 10, 11, pr. y 12, § 1.
(4) D., XVIII, 1, 52; XXX, 41, § 8 y 9; XXXIX, 2, 48.
(5) D., XXXIX, 3.
(6) D., XLIII, 27, 1, 2 y 6, § 2.—C. VIII, 1, 1.
(7) D., VIII, 6, 14, § 1; X, 4, 9, § 1; XI, 7, 12; XLIII, 28, 1.
(8) C., XI, 6, 3 y 6. Siendo estas disposiciones de carácter administrativo, nos limitamos á consignar las leyes sin exponer su contenido.
(9) D., VI, 1, 35, § 3; id. id., 76.
(10) D., XIII, 6, 5, § 15.
(11) D., XVII, 2, 68.—C., III, 37, 1; IV, 52, 3; VIII, 54, 12.
(12) D., X, 3, 6, § 8; XX, 6, 7, § 4.—C., VIII, 21, un.

divisible, ninguno de ellos puede establecerla, como no sea la de usufructo (1).

Por lo demas, cada uno de los condueños es árbitro de pedir en cualquier tiempo que la cosa se divida (2); pero, miéntras esto no suceda, ninguna disposicion puede tomarse sin el consentimiento de todos éllos (3), salvo dos casos: 1.° Si uno de los copropietarios es el fisco, cuyas determinaciones deben respetarse (4). 2.° Si un edificio comun amenaza ruina y el condueño se niega á repararle, puede verificarlo el otro, teniendo derecho á reclamar de su compañero la parte de gastos que le corresponda con los intereses legales; bien entendido que si no paga en los cuatro primeros meses de concluida la obra, se hace dueño del edificio el que lo reparó (5).

Finalmente, en una pared comun puede hacerse todo género de pinturas y adornos; y junto á ella, las obras que no perjudiquen; pero sin derecho á indemnizacion cuando haya necesidad de repararla (6).

(B) *Limitacion del dominio en cada una de sus facultades.*

Se entendía que el dominio se hallaba limitado parcialmente cuando le faltaba alguna de las facultades que comprende, nó cuando el propietario contraía simplemente una obligacion personal relativa á la cosa. Partiendo de esta base, si el dueño, v. gr., vendía la finca que tuviera dada en arriendo, el comprador no estaba obligado á respetar el contrato de arrendamiento celebrado por el vendedor, aunque no hubiera cumplido el plazo (7).

De dos maneras puede limitarse parcialmente el dominio: 1.ª Segregando de él alguna de sus facultades que se cede á un tercero para que la ejercite; en cuyo caso el dueño se somete á *sufrir* que otro tenga un poder parcial sobre su propiedad: 2.ª Privándose al dueño el ejercicio de cualquiera de ellas, de suerte que *no pueda hacer* lo que sin la limitacion podría. Mas si el dueño se impone el compromiso *de hacer* algo en su propiedad, no hay limitacion del dominio; porque ninguna de sus atribuciones consisten en *no poder hacer*, para que sea posible limitarla imponiendo el deber contrario, resultará, pues, sólo una obligacion personal (8).

Las verdaderas limitaciones se establecen por contrato,

(1) D., VII, 8, 19; VIII, 1, 2; id. 3, 19, 23 y 34, pr.
(2) C., III, 37, 5.
(3) D., VIII, 2, 8 y 27, § 1; id. 5, 11; X, 3, 28; XIII, 6, 5, § 15; XXXIX, 3, 10; C. IV, 52, 1 y 4.
(4) C., IV, 52, 4.
(5) D., XVII, 2, 52, § 10. — C. VIII, 10, 4.
(6) D., VIII, 2. 13 y 19.
(7) C., IV, 65, 9.
(8) D., VIII, 1, 15, § 1.

por última voluntad, por decreto del magistrado y por una ley especial. Su establecimiento nunca se presume, sino que debe probarlo la persona á quien interese (1); aunque se justifique, debe interpretarse estrictamente (2); y cuando se extingue, de cualquiera manera que sea, la propiedad readquiere su naturaleza ordinaria (3), *optima maximaque*, como la llaman los jurisconsultos (4).

Las limitaciones impuestas por leyes especiales son determinadas y previstas; las que establecen los particulares no pueden reducirse á número fijo, segun indicamos al tratar de la clasificacion de los derechos. Expondrémos, pues, los casos en que tienen lugar las primeras, y mencionarémos algunas de las segundas para demostrar cómo se limitan cada una de las facultades que el dominio confiere.

Facultad de usar. Cuando el dueño concede á un tercero que puede servirse del objeto, estableciéndose la servidumbre de *uso.*

Facultad de disfrutar. Si le otorga el derecho de percibir los frutos, que es en lo que consiste la servidumbre de *usufructo.*

Facultad de vindicar. Siempre que el dueño entrega á su acreedor una cosa como prenda, no puede reclamársela miéntras la obligacion subsiste. Otro tanto sucede cuando un objeto viene á constituirse accesorio de otro que es ajeno; si bien en este caso, más que el derecho de vindicar, suele perderse el dominio mismo, como verémos en el tratado de *accesion.*

Facultad de disponer. Tanto el derecho de trasformar la cosa como el de enajenarla, que esta facultad comprende, pueden limitarse *positiva* y *negativamente.* Decimos que hay limitacion *positiva* cuando el derecho de trasformar ó enajenar puede ejercerle una persona distinta del dueño: y *negativa*, cuando el dueño se halla meramente impedido para trasformar ó enajenar, pero sin que un tercero pueda tampoco hacerlo. Tratemos por separado ambos casos.

Limitacion positiva de la facultad de disponer. Nada impide que el propietario, en uso de su derecho, ceda á un tercero el ejercicio de esta facultad; pero bien entendido que desde el momento concluye de ser dueño si la trasfiere pura y completamente, y se reduce á un condueño si la trasfiere en parte, cual sucede en la enfiteusis. No es así cuando desmembra de su dominio cualquiera de las otras facultades, en

(1) C., III, 3, 9 y 10.
(2) D., VII, 1, 68, pr.; VIII, 3, 13, § 1; § 2; VIII, 2, 30.
(3) *Inst.* II, 4, § 4. — D., VII, 1, 3, id. id. 29; id. 4, 13, § 1.
(4) D., XXI, 2, 75, L, 16, 90 y 16.

cuyo caso permanece conservando el pleno dominio, si bien menos provechoso; porque la de usar, disfrutar y vindicar son naturales al dominio, mas no constituyen su esencia como la de disponer.

Limitacion negativa de la facultad de disponer. Ora que el dominio se grave con la prohibicion de no trasformar en cierto sentido, v. gr., en la servidumbre de *no levantar más alto*, ora con la prohibicion de enajenar, el propietario continúa siendo dueño pleno; porque, si bien está privado del ejercicio de estas facultades, tampoco una tercera persona puede ejercitarlas: no hay copartícipes en la facultad esencial.

Esta limitacion se impone por la ley respecto á los bienes de menores ó incapacitados, como ya sabemos; de los que constituyen el peculio adventicio de los hijos (1); de los inmuebles que forman la dote de la mujer (2); y de los que son objeto de un litigio (3). Puede ser tambien resultado de una providencia judicial (4). En todos estos casos la prohibicion de enajenar lleva consigo la nulidad de la enajenacion que se realice: pero cuando se ha impuesto por voluntad de los particulares, no siempre produce este resultado, como vamos á ver.

Para que sea válida y eficaz la prohibicion de enajenar impuesta por un testador, se necesita: Que exprese una justa causa, ó constituida en beneficio de alguna persona; porque en otro caso, *talem legem testamento non possunt dicere;* y que no sea en fraude de los acreedores ó del fisco (5). Relativamente á la prohibicion de enajenar que el mismo dueño se impusiera, el Derecho nuevo (6) le concede facultad para hacerlo áun en los casos que prohibía el antiguo (7); pero de su compromiso resulta simplemente una obligacion personal por cuya inobservancia reclamará la otra parte los daños y perjuicios, sin poder anular la enajenacion verificada por el dueño (8). Tan sólo será ésta nula en dos casos: 1.° Si adquirió el dominio sometiéndose á perderle cuando llegara cierta condicion é plazo que en efecto se cumplen; porque como el dominio adquirido es revocable, tambien lo son las enajenaciones que realiza (9), y como dice Ulpiano *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (10) *quotiens autem dominium transfertur, ad*

(1) C. VI, 6, 8, § 5.
(2) *Inst.*, II, 8, pr.
(3) Gayo, IV, 117.—D., XLIV, 6, 3.—C. VIII, 37, 2 y 4.—Nov. CXII, cap. 1.
(4) D., XLI, 3, 12.
(5) D., XXX, 114, § 14.
(6) C. IV, 54, 9.
(7) D., II, 14, 61.
(8) D., XVIII, 1, 75; XIX, 1, 21, § 5; id. 5, 12; XLV, 1, 135, § 3.—C. IV, 54, 2 y 3.
(9) D., VI, 1, 41, pr.; XIII. 7, 13, pr.; XVIII, 2, 4, § 3; XXXIX, 6, 29.
(10) D., L., 17, 54.

eum qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum qui tradit (1). 2.° Si el propietario ha hipotecado la finca y pactado con el acreedor que no la enajenará (2).

2.° Su historia en Roma.

Para formar la historia de la propiedad en Roma, basta recordar las diferentes ideas que acerca de la institucion hemos consignado en la Historia de su derecho, y desenvolver concisamente algunas de ellas.

Los romanos conocieron desde el principio tanto la propiedad pública como la privada.

Objeto de la primera el *ager publicus*, aumentó en proporcion de las conquistas; y, monopolizado por las clases dominadoras con sus *ocupaciones*, fué motivo perenne de las sangrientas discordias que en vano trataron de cortar las leyes *Licinias* y *agrarias*, ocasionando por fin la muerte de la república.

La propiedad privada se supone ya existente por las XII Tablas, cualquiera que fuese la distribucion del territorio al fundarse la ciudad; y no podía suceder otra cosa, dadas las ideas religiosas de aquel pueblo y la energía de su derecho privado. Es, pues, innecesario, al par que inverosimil, presumir que el sistema de esta propiedad fuera una imposicion de la clase plebeya; porque ni los plebeyos tuvieron en los primeros siglos el ascendiente que para ello se necesitaba, ni los romanos cambiaron nunca de instituciones súbitamente.

El carácter de la propiedad privada varió con los tiempos. Familiar en su orígen, como lo exigía el culto y la constitucion de las *gentes*, vino á ser individual á medida que estas causas se debilitaron.

En la organizacion de la propiedad se marcan, como en todas las instituciones, las dos grandes fases del derecho romano. Durante los seis primeros siglos próximamente, es regida por los principios severos y exclusivos sobre los cuales se basa toda la legislacion de aquel pueblo militar y conquistador, que vive separado y en lucha con el resto del mundo; pero que una vez triunfante y en comunicacion con los vencidos, no puede moral ni políticamente conservar su rigor y exclusivismo.

(1) D, XLI, 1, 20, § 1.

(2) D., XX, 5, 7, § 2. La prevencion con que miraron los romanos cuanto pudiera menoscabar el carácter absoluto é irrevocable de la propiedad, y la falta de un registro público donde se consignáran las limitaciones que el dueño impusiera á su derecho, se reflejan en la multitud de leyes concernientes á la revocabilidad del dominio, que tan divididos traen á los romanistas de nuestros dias.

Bajo el derecho romano puro, solamente se reconocía verdadera propiedad, garantida por el pueblo, cuando concurrían estas tres condiciones simultáneas:

1.ª Que el adquirente fuese capaz de dominio romano, *ex jure Quiritium*, aptitud que faltaba á todo el que no tenía ciudadanía, ó por lo ménos una de sus desmembraciones, el *jus commercii*.

2.ª Que se tratára de adquirir un objeto susceptible del dominio absoluto romano. Carecían de esta cualidad las cosas *extra commercium* y los predios situados en territorios á los cuales no se les hubiera otorgado el *jus italicum*, como sucedía en las provincias, porque su propiedad pertenecía al pueblo ó al César, y los particulares únicamente gozaban una especie de usufructo (1).

3.ª Que en el acto de la adquisicion se observasen las solemnidades establecidas por el derecho romano, segun la naturaleza del objeto. Si la cosa era *nec mancipi*, bastaba la entrega en virtud de justo título (2): si pertenecia á la categoría de *mancipi*, necesitaba usarse de la *mancipatio*, ó de la *in jure cessio*, ó subsanar el defecto de ambas por la *usucapio* (3).

Tal era la severa ordenanza de aquel pueblo militar. A proporcion que adelanta en sus conquistas, necesitó modificar los principios, porque ni las consideraciones políticas permitian desconocer completamente la capacidad jurídica de los vencidos, ni en el órden privado era posible abstenerse de comunicar con ellos. El *Prætor peregrinus* decide las cuestiones de los extranjeros y las de éstos con ciudadanos, nó por las leyes romanas dictadas exclusivamente para los romanos, sino por los principios universales de derecho, por el *jus gentium*, que cautiva por su equidad y sencillez á los mismos romanos, y gana cada dia más terreno en el tribunal del *Prætor urbanus*. Desde entónces, ya no carece de toda importancia la propiedad en cuya adquisicion hubiera faltado alguna de las tres condiciones referidas. Hé aquí la trasformacion que se verifica en cada una de ellas.

1.ª Falta de capacidad en el adquirente. Comienza por atribuirse ficticiamente la ciudadanía á un extranjero siempre que demande ó sea demandado en virtud de un título del cual nazca accion segun las leyes romanas (4): se admite que el extranjero puede tener dominio (5); y por fin, Caracalla

(1) GAYO, II, 7 y 21.

(2) GAYO, II, 19 y 20. — ULPIANO, XIX, 7.

(3) GAYO, II, 22 y 41.

(4) GAYO, IV, 37.

(5) GAYO, II, 40.

otorga la ciudadanía á todos los súbditos del Imperio.

2.ª Susceptibilidad en el objeto. La nivelacion de los hombres traía consigo la de las cosas; y el Imperio debía consumar la unidad jurídica en todas sus esferas. Las ciudades de provincia se igualan entre sí, y más tarde con Roma y Constantinopla. Se introduce para los predios provinciales la *longi temporis possessio ó præscriptio*, que apénas difiere de la *usucapio* aplicable á los itálicos; y desde el tiempo de Diocleciano vemos llamarse *dominium* ó *proprietas* á la posesion legal de los primeros (1).

3.ª Solemnidades en la adquisicion. Continúase exigiendo las formas antiguas para adquirir sobre las cosas *mancipi* la propiedad *ex jure Quiritium*, única que al principio existía: pero aunque no se hayan usado, el adquirente no carece de todo derecho, las tiene *in bonis*. De manera que se establece al lado del *dominium Quiritarium*, *nudum jus Quiritium* (2), otro que se le ha denominado *bonitario;* cada uno de los cuales puede corresponder á diferentes personas miéntras el adquirente del *bonitario* no complete el tiempo de la usucapion, porque entónces se hace dueño *pleno jure*, *id est, et in bonis et ex jure Quiritium tua res est*, dice Gayo (3). Y nótese que el dominio quiritario era puramente nominal, á la vez que el bonitario conferia los verdaderos derechos de la propiedad (4), en tal manera que si un esclavo pertenecia en dominio quiritario á una persona y en bonitario á otra, sólo ésta le tenía bajo su potestad (5); podía manumitirle, conservando el derecho á sus bienes (6); hacía suyo cuanto adquiriese el esclavo (7); y, segun el dictámen de algunos jurisconsultos, el dueño quiritario no tenía derecho, ni áun sobre lo que el esclavo había estipulado expresamente para él (8).

A pesar de todo, se conservan los principios antiguos. El dueño quiritario podía reclamar del bonitario la cosa, porque segun el derecho estricto, no le había trasmitido legalmente su propiedad; pero éste tenia contra el primero las excepciones *doli mali* y *rei venditæ et traditæ* para defenderse. Más

(1) *Fragm. Vat.*, 283 y 316.
(2) GAYO, I, 54.
(3) GAYO, II, 40 y 41.
(4) Tres cosas no eran permitidas al dueño simplemente bonitario: 1.ª Imponer servidumbres *jure civili*; pero sí *tuitione Prætoris*. 2.ª Conferir al esclavo que manumitiese la calidad de ciudadano; solamente podia hacerle *latino* con arreglo á la ley Junia (GAYO, I, 167). 3.ª Legar *per vindicationem* (GAYO, II, 196 y 222). Las tres restricciones desaparecieron con el tiempo, segun verémos.
(5) GAYO, I, 54.
(6) GAYO, I, 167.
(7) GAYO, II, 88.
(8) GAYO, III, 166.

tarde pudo tambien usar la accion *Publiciana*, cual si hubiera completado el tiempo de la usucapion para pedir el objeto de cualquier poseedor (1).

Semejante estado de cosas no tenía razon de ser. Todos los súbditos eran ciudadanos: la distincion entre predios itálicos y provinciales era puramente nominal, é insostenible por consecuencia la que mediaba entre la *usucapio* y la *longi temporis præscriptio*: y el *nudum jus Quiritium*, una vana reminiscencia, porque la *mancipatio* y la *in jure cessio* estaban olvidadas. Justiniano borra definitivamente la letra muerta de las antiguas leyes, que estaban en pleno desacuerdo con los hechos. En una de sus constituciones declara abolido el *nudum jus Quiritium*, que califica de *antiquæ subtilitatis ludibrium, quod nihil ab ænigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum* (2). En otra constitucion refunde la usucapion y prescripcion: somete al mismo derecho los predios *itálicos* y *provinciales*, é igualmente las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, *inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis* (3).

A partir de estas leyes, tanto de hecho como de derecho, queda una sola propiedad, la del *jus gentium*, cuyos modos de adquirir vamos á examinar.

3.º Modos de adquirirle: su clasificacion y condiciones generales.

(A) *Modos de adquirir el dominio*. El dominio, como todos los derechos, se determina ó individualiza mediante un hecho (4). *Al hecho, pues, mediante el cual el individuo llega á ser propietario de una cosa determinada* se llama *modo de adquirir el dominio*.

En general, este hecho debe practicarlo el adquirente, y consiste en tomar posesion de la cosa. Cuando ésta es *nullius*, evidentemente no llega á ser nuestra miéntras no la aprehendamos; pero, aunque tenga dueño y hayamos estipu-

(1) D., VI, 2, 1; XXI, 3, 2 y 3, § 1; XLI, 1, 52. Además de estos medios de proteccion que los Pretores crearon en beneficio del dueño bonitario, abrieron nuevos caminos para llegar á la propiedad romana, mediante la usucapion Tales fueron la posesion que acordaban en favor del propietario que denunciaba un edificio próximo ruinoso; del lesionado por un esclavo ajeno; de los acreedores, cuando el deudor era insolvente y de las personas á quienes consideraban herederos. Por más que sólo les otorgasen la posesion, venían á ser dueños *jure civili*, una vez que poseían durante el plazo marcado para usucapir. Suele llamarse *pretoriana* la propiedad adquirida mediante estos procedimientos, de los cuales nos ocuparémos en sus respectivos lugares.

(2) C., VII, 25, un.

(3) C., VII, 31, ún.

(4) *Prolegómenos*, pág. 39.

lado con él que nos trasfiera su propiedad, no se nos trasfiere en efecto hasta que la poseamos; existirá un *título ó causa remota*, que nos dará derecho para pedir su entrega; pero nó el *modo ó causa próxima* que nos hace dueños. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (1). Fúndase esta doctrina en la necesidad de un hecho que por una parte fije el momento en que cesa nuestra relacion personal con el anterior dueño, empezando la directa sobre la cosa; y por otra, demuestre á los demas hombres que ella nos está sometida, para que respeten nuestro derecho.

Hemos dicho *en general*, porque existen casos en los cuales adquirimos por virtud solamente de una declaracion de la ley, sin que por nuestra parte sea necesaria la ejecucion de ningun hecho.

(B) *Clasificacion de los modos de adquirir el dominio.* Los modos de adquirir la propiedad se clasifican:

1.° Por su fundamento, en *naturales*, autorizados por el derecho natural, *jure naturali*, *jure gentium*; y *civiles*, creados por las leyes positivas de cada pueblo, *jure civili*. Sobre este punto dice el

§ 11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarumdam jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse naturale jus, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim jura tunc cœperunt esse, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt.*

Los redactores de las Instituciones formaron este párrafo con las doctrinas de Gayo (2); pero introduciendo una variante muy esencial, que no han tomado en cuenta los que les han censurado. En tiempo de Gayo conservaban todavía alguna importancia práctica los antiguos modos de adquirir exclusivos de los ciudadanos romanos; por eso dice que son modos civiles los creados *jure proprio civitatis nostræ*, y menciona como tales la *mancipatio*, la *in jure cessio*, y la *usucapio* (3). Cuando se escribieron las Instituciones, había

(1) C.; II, 3, 20.

(2) Gayo, II, 65.—D.; XLI, 1, 1, pr.

(3) No se crea por esto que la *mancipatio*, *in jure cessio* y *usucapio* eran los únicos medios de adquirir reconocidos. Ulpiano (XIX, 2) menciona además la *traditio* que, como sabemos, servía para trasmitir las cosas *nec mancipi;* la *adiudicatio* hecha por el juez en los juicios divisorios; y la *lex*, por cuyo mi-

concluido todo esto, tanto por desuso cuanto por las reformas de Justiniano citadas en el número anterior; por eso el texto no entiende ya por modos civiles solamente los que Roma estableció para sí propia, ni recuerda, como Gayo, cuáles eran, sino que se limita á consignar la doctrina general de que hay maneras de adquirir fundadas en los principios del Derecho, al paso que otras han sido introducidas por las leyes positivas de los pueblos, obedeciendo á consideraciones de necesidad ó de pública utilidad. Ya verémos cuáles refieren las Instituciones á una y otra clase; pero todas ellas producen el mismo resultado, la propiedad individual; de suerte que, bajo el punto de vista práctico, esta division carece de importancia.

2.° Por la manera en que llegamos á ser dueños, se llaman *originarios* aquellos en virtud de los cuales adquirimos directamente la propiedad del objeto, v. gr., la ocupacion de una cosa *nullius; derivativos*, aquellos por los cuales se nos trasmite la propiedad que á otro pertenecía, v. g., la tradicion del objeto comprado. Los primeros nos confieren el dominio con todas las facultades inherentes al mismo segun su naturaleza ordinaria; los segundos nos le traspasan con la extension ó limitaciones que le tenía nuestro causante; porque *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (1).

3.° Los derivativos se subdividen en *universales* y *singulares*, segun la naturaleza del título que nos autoriza para suceder al propietario anterior. Se denominan *universales* cuando somos llamados á suceder en la personalidad jurídica del que nos precedió, v. gr., la herencia; *singulares*, cuando no se nos trasmite esta representacion, sino únicamente bienes más ó ménos determinados, cualquiera que sea su importancia; v. gr., el legado (2). La principal diferencia entre los resultados prácticos que unos y otros producen es que en los primeros continuamos la personalidad jurídica de nuestro antecesor, y, como tales, le sustituimos en todos sus créditos y deudas; al paso que en los segundos permanecemos extraños á las relaciones jurídicas personales que aquél tuviera.

nisterio se adquiría el dominio en varios casos de herencia y en las ventas que el Estado hacía Los tres primeros modos desaparecieron; pero los restantes se conservan en principio por la legislacion de Justiniano.

(1) D., XLI, 1, 20; L, 17, 54, 59, 175 y 177.

(2) GAYO, II, 97 y 98.—*Inst.* II, 9, § 6.—D., XLIII, 3, 1, § 13.

A los modos universales correspondían: la *herencia*, ya *directa*, ya *fideicomisaria*; la adjudicacion de ésta *libertatis causa*; la *bonorum possessio*; la *in manum conventio*; la *adrogatio* y la adquisicion *ex Senatusconsulto Claudiano*.

Pertenecían á los modos singulares: la *ocupacion*, *accesion*, *especificacion*, *confusion* y *conmixtion*, *tradicion*, *adquisicion de frutos*, *usucapion*, *donacion*, *legado*, *fideicomiso singular* y *adjudicacion*.

Finalmente, las adquisiciones que tenían lugar por mera disposicion legal, unas veces constituyen modos universales, y otras, singulares.

El órden que observan las Instituciones en la exposicion de esta doctrina es el siguiente: tratan, en primer término, de los modos singulares, y despues de los universales; pero al llegar en los primeros á legados y fideicomisos singulares, intercalan la doctrina de sucesion testamentaria, como precedente necesario para entender aquéllos, y la *adjudicacion* es relegada al penúltimo Título del Libro IV, que se ocupa del *oficio del Juez*. Las adquisiciones en virtud de la ley se hallan diseminadas en los diversos Títulos á cuyas materias se refieren.

(C) *Condiciones generales para adquirir el dominio.* Cada uno de los modos de adquirir el dominio requiere condiciones especiales que respectivamente manifestarémos; pero todos ellos, sin distincion, suponen que el sugeto sea capaz de adquirir, y el objeto susceptible de ser adquirido.

Respecto á la capacidad de la persona, el derecho antiguo contenía tres prohibiciones, de las cuales dos han desaparecido por completo y la otra subsiste, aunque sin resultados, en el nuevo.

1.ª Faltaba la capacidad al que no fuera ciudadano ó no tuviera por lo ménos el *commercium*; pero desde Caracalla todos los súbditos del Imperio son ciudadanos, y por consecuencia capaces de adquirir.

2.ª De entre los ciudadanos sólo tenían capacidad de adquirir para sí los *patresfamilias*, nó los descendientes sometidos á su potestad que adquirían, necesariamente para el jefe (1). La introduccion de los peculios confirió á los hijos de familia capacidad para ser propietarios.

3.ª Aun el ciudadano y *paterfamilias* sólo tenía capacidad de adquirir para sí mismo, nó para un tercero (2). Este principio se sostiene todavía en tiempo de Justiniano. Con

(1) GAYO, II, 87 y 96.

(2) GAYO, II, 95.

efecto, en el Título 9.º inmediato, donde siguiendo al Emperador explanarémos toda esta materia, se dice *per extraneam personam nihil acquiri potest*; pero como á continúacion se reconoce que por ministerio de un extraño podemos adquirir la posesion, y la mayoría inmensa de los modos de adquirir consiste en la posesion, resulta que el principio viene á ser una letra muerta.

En cuanto á la susceptibilidad de las cosas para ser objeto de una adquisicion, solamente falta en las que se hallan *extra commercium*, enumeradas al principio del Título; porque los predios itálicos y provinciales se han igualado.

4.º Doctrinas especiales de la ocupacion, accesion, especificacion, confusion y conmixtion, tradicion y adquisicion de frutos.

(A) Ocupacion.

Se entiende por ocupacion: *La aprehension de una cosa que no tiene dueño con intencion de adquirir su propiedad.*

Requiérese, pues, para que haya ocupacion:

1.º *Aprehension*, es decir, que sometamos el objeto á nuestro poder, mediante un acto material, ostensible, puesto que tratamos de privar á los demas hombres del derecho que tenían á ocuparle (pág. 271).

2.º Que la cosa *no tenga dueño*; porque si le tuviera, nuestra ocupacion sería un atentado contra la propiedad.

3.º Que la aprehension se verifique *con intencion de adquirir su propiedad;* porque en tanto llegarémos á ser dueños en cuanto poseamos; y para adquirir la posesion no basta el *corpus*, sino que es indispensable el *animus* (páginas 268 á 271).

El fundamento de este modo de adquirir, primero de todos en el órden cronológico, es la facultad que al hombre pertenece de hacer servir para la realizacion de sus fines á los demas séres físicos (1). *Quod enim nullius est, id ratione naturali, occupanti conceditur*, dice Gayo (2).

Atendidas las cosas objeto de la ocupacion, suelen clasificar los autores este modo de adquirir con los respectivos nombres de *caza y pesca*, *ocupacion bélica*, *ocupacion propiamente dicha* é *invencion ó hallazgo*.

(1) *Prolegómenos*, pág. 65.

(2) D., XLI, 1, 3, pr.

(a) *Caza y pesca.*

§ 12. *Feræ igitur bestiæ, et volucres, et pisces; id est, omnia animalia, quæ in terra, mari, cœlo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno: plane, qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur; cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.*

§ 13. *Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. Quibusdam placuit, statim tuam esse, et eousque tuam videri, donec eam persequeris* (1); *quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent* (2), *ut eam non capias.*

§ 14. *Apium quoque natura fera est. Itaque, quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ esse intelliguntur, quam volucres, quæ in tua arbore nidum fecerint; ideoque, si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos eæ fecerint* (3), *quilibet eximere potest. Plane, integra re, si provideris ingredientem in fundum tuum, potes* (4) *eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen* (5), *quod ex alveo tuo evolaverit, eousque tuum esse intelligitur, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio est: alioquin occupantis fit.*

§ 15. *Pavonum et columbarum fera natura est. Nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam; cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas ire et redire soleant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant: nam si revertendi animum habere desierint: etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium.*

(1) C. *persequaris.*
(2) VULGO *possunt.*
(3) C. *si quos effecerint.*
(4) C. *poteris.*
(5) C. *quoque.*

Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

§ 16. *Gallinarum* (1) *et anserum non est fera natura. Idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quos feras vocamus, item alii anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ aliquo casu turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; et, qui lucrandi animo ea animalia retinuerit* (2), *furtum committere intelligitur.*

Son objeto de esta clase de ocupacion tanto los animales *fieros* como los *amansados*, que, ó no han tenido dueño, ó cuya posesion ha sido perdida por éste en los términos que ántes hemos dicho (pág. 273); pero nó los *mansos* miéntras conserva la propiedad el dueño (3).

Para obviar dificultades, se declaran fieros las abejas, los pavos reales, las palomas y los ciervos; y mansos, las gallinas y los ánsares (4).

Podemos aprehenderlos indistintamente en terreno propio ó ajeno, porque no hay relacion alguna entre el dominio del suelo y el del animal; pero el dueño de la finca tiene derecho para impedirnos que entremos en ella (5).

Se entienden aprehendidos desde que ocurre un hecho que los somete físicamente á nuestro poder, v. gr., caer la fiera en un lazo preparado por nosotros y del cual no podia escapar (6), sin que baste herirla (7); encerrar las abejas en nuestro colmenar, ó cogerlas aves, no siendo suficiente que hayan posado ó anidado en un árbol nuestro (8).

(b) *Ocupacion bélica.*

§ 17. *Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

El supuesto *à priori* como relacion internacional de las ciudades antiguas era el estado de guerra, y el extranjero carecía de derecho ante el romano, como éste ante aquél; doctrina que todavía consignaba explícitamente Pomponio en es-

(1) C. *autem.*
(2) C. *retinet.*
(3) D., XLI, 1, 1, § 1; 3, § 2; 4 y 5 pr.
(4) D., XLI, 1, 5, § 2, 3, 4, 5 y 6.
(5) D., VIII, 3, 16; XLI, 1, 3, § 1 5, § 3.
(6) D., XLI, 1, 55.
(7) D., XLI, 1, 5, § 1.
(8) D., XLI, 1, 5, § 2.

tas palabras: *In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causa factum habemus: hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit; et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat* (1).

Si, pues, al extranjero se le consideraba fuera de toda ley, era lógico que el romano pudiera apoderarse de las personas y bienes del enemigo; porque, como no tenían dueño, eran objeto de la ocupacion (2). Así fué mirada la guerra cómo el mejor modo de adquirir; y como símbolo de la propiedad, la lanza, que figuraba en los tribunales y en las ventas públicas *(sub hasta vendere)*. Explicando Gayo por qué se usaba en los juicios una varita *(festuca)*, nos dice: *Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur* (3).

Por consecuencia de estos principios:

1.° Se hacían del primer ocupante las cosas del enemigo que se hallaban en el territorio romano cuando estallaba la guerra (4).

2.° Se hacían del Estado las personas y los bienes tanto inmuebles (5) como muebles (6) que por la fuerza de las armas se ocupaban al enemigo; si bien solía distribuirse á los soldados parte del botin ó de lo que producía su venta (7).

3.° Los Jefes militares concedían en ciertos casos el botin á los soldados; y entónces adquirían éstos directamente la propiedad de lo que ocupaban (8).

(c) *Ocupacion propiamente dicha.*

Califican con este nombre la ocupacion parcial de las cosas inmuebles que son *comunes* por naturaleza. En este caso se hallan las islas que se forman en el mar (9) y la parte del mar y de sus playas sobre la que se edifica (10) con la debida autorizacion (11).

(d) *Invencion ó hallazgo.*

(1) D., XLIX, 15, 5, § 2.
(2) Gayo, II, 69. — D., XLI, 1, 5 § 7, y 51, § 1; id. 2, 1, § 1, y 3, § 21. — *Historia*, pág. 28.
(3) Gayo, IV, 16.
(4) D., XLI, 1, 51, § 1.
(5) D., XLI, 1, 16; XLIX, 15, 20, § 1.
(6) D., XLVIII, 13, 13.
(7) Aulo Gelio, XVI, 4. — Dion. de Halic., IV, 24 y 50; VII, 65. — Tito Livio, III, 10; IV, 29 y 53; V, 22; VI, 4, etc.
(8) Gayo, II, 69. — D. XLI, 1, 5, § 7.
(9) D., XLI, 1, 7, § 3.
(10) D., XLI, 1, 14 y 30, § 4.
(11) D., XLI, 1, 50.

Bajo esta denominacion especial se comprende la ocupacion de las cosas muebles que nos encontramos y aprehendemos y carecen de dueño, bien porque nunca le han tenido, bien porque no puede justificarse á quién pertenecen, bien porque el propietario las haya abandonado. Veamos lo que las Instituciones declaran sobre estos casos.

§ 18. *Item lapilli et gemmæ et cetera, quæ in litore inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.*

Los objetos que deben su existencia á una fuerza natural, como son las piedras preciosas que el texto pone por ejemplo, se hacen inmediatamente del primero que las ocupa (1).

§ 39. *Thesauros, quos quis* (2) *in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem æquitatem secutus, ei concessit, qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuitu casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu, invenerit, dimidium domino soli concessit* (3). *Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Cæsaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali* (4) *invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.*

Tesoro, nos dice Paulo, *est vetus quædam depositio pecuniæ cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat... Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra, non est thesaurus* (5). Segun esto, para que se califique de tesoro y tengan aplicacion las leyes especiales sobre la materia, debe: 1.° Tratarse de un depósito oculto, *sub terra*; porque si se hallára á la vista, se regiría por los principios generales de la ocupacion. 2.° Ser antiguo, *vetus*, lo bastante, segun las circunstancias, para que no conste quién es su dueño, *ut jam dominum non habeat;* pues si consta y le ha ocultado con el fin de tenerle más seguro, *custodiæ causa*, *non est thesaurus*. Por lo demás, no es indispensable que el objeto sea metálico, *pecuniæ*, porque la ley de Leon, que despues citarémos, comprende los muebles en general: *id est,* dice, *condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia.*

La adjudicacion del tesoro sufrió muchas alteraciones, de-

(1) D., VI, 8, 3; XLI, 2, 1, § 1.
(2) C. *quisque.*
(3) C. *dimidium inventori, dimidium domino soli.*
(4) C. *vel civitatis.*
(5) D., XLI, 1, 31, § 1.

bidas sin duda á las circunstancias especiales del caso. Por una parte, tratándose de cosa sin dueño conocido, parece que debía adjudicarse al inventor, segun las reglas generales de la *ocupacion*: por otra, siendo probable que los objetos ocultos hubieran pertenecido á los antecesores del actual propietario de la finca, parece que milita á favor de éste cierta presuncion de dominio.

El párrafo nos dice que Adriano resolvió la cuestion, nó por los principios rigurosos de derecho, sino *naturalem æquitatem secutus*; disposicion tanto más notable cuanto que, segun se infiere de los historiadores, el fisco se incautaba de los tesoros ántes de Adriano (1), Antonino y Vero (2); y más tarde, Constantino, Graciano, Valentiniano y Teodosio (3) modificaron la constitucion de Adriano, que últimamente fué restablecida en 474 por el emperador Leon (4).

De esta ley y del presente párrafo aparece:

1.° Que el tesoro hallado en nuestra propiedad es nuestro, bien le encontremos por acaso, bien le hayamos buscado de intento.

2.° Que el hallado en propiedad ajena, corresponde por mitad al inventor y al dueño del tesoro, sea un particular, el fisco, el César ó una ciudad.

3.° Que el hallado en lugar *nullius*, como sagrado ó religioso, es todo del inventor.

4.° Que el inventor solamente adquiere derecho al tesoro oculto en terreno ajeno ó *nullius*, cuando lo encuentra por acaso, *fortuitu*, *non data ad hoc opera*; de lo contrario, pertenece al dueño ó al fisco por entero.

5.° Que ni en terreno propio ni ajeno, ni *nullius*, podemos emplear medios reprobados para buscar el tesoro: *sine sceleratis ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa.*

§ 47. *Qua ratione verius esse videtur, ut, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desiit* (5).

Tan pronto como el dueño abandona definitivamente una cosa, *pro derelicto*, pierde la posesion y propiedad sobre ella;

(1) SUETONIO: *Nerva*, 31. — TÁCITO: *Anales*, XVI, 1.
(2) D., XLIX, 14, 3, § 10.
(3) *Cod. Teod.*, X, 18, 1 y 2.
(4) C., X, 15, un.
(5) C., *desinit.*

viene á ser ésta *nullius ;* y por consecuencia se hace del primer ocupante (1). *Si res pro derelicto habita sit statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit*, dice Ulpiano (2). Próculo creía que el dueño conservaba la propiedad de la cosa abandonada miéntras otro no la ocupase ; pero Juliano y Paulo sostienen con Ulpiano que el abandono definitivo produce inmediatamente la pérdida del dominio, si bien no corresponderá éste á otra persona miéntras no la ocupe (3).

§ 48. *Alia causa est earum rerum, quæ in tempestate maris, levandæ navis causa, ejiciuntur. Hæ enim dominorum permanent, quia palam est, eas non eo animo ejici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa navi periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactas, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe discedere videntur ab his, quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt.*

Muy distinto del abandono definitivo es el caso en que el dueño abandona los objetos apremiado por una necesidad, v. gr., aligerar la nave en medio de un naufragio; pues, como no lo hace para renunciar á su dominio, sino para libertarse de un peligro, conserva la propiedad, no son *nullius*, y el que se apodera de ellos comete un hurto (4). Otro tanto sucede respecto de las cosas que el dueño pierde inadvertidamente, como dice el texto, ó por infortunio; como en un naufragio (5). Asi se expresa Javoleno : *Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest ; quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. Idem juris esse existimo in his rebus, quæ jactæ sunt : quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissam est* (6).

(B) ACCESION.

Bajo este nombre designan los escritores toda adquisicion en virtud de la ley de lo que con el carácter de accesorio se incorpora más ó ménos inmediatamente á una cosa nuestra sin cambiar su naturaleza.

En Roma no se usó el nombre genérico de *accesion* para comprender los casos de esta índole ; pero todos ellos se hallan resueltos por su derecho ; de manera que si el nombre no es romano, lo es sí la doctrina.

(1) D., XLI, 7, 2, pr.; id. id., 5, § 1.
(2) D., XLI, 7, 1.
(3) D., XLI, 7, 2, § 1.
(4) D., XLI, 1, 9, § 8 ; id. 7, 7.
(5) D., XLI, 1, 44.
(6) D., XLI, 2, 21, § 1 y 2.

Decimos que es *adquisicion en virtud de la ley*; porque para hacernos dueños del nuevo objeto no es necesario que tomemos posesion de él, como lo requiere la *ocupacion*. El legislador toma en cuenta la naturaleza del objeto que nos adjudica para exigir mayores ó menores condiciones: así, nos declara fácilmente dueños, cuando el objeto agregado es *nullius* ó de propietario desconocido; á la vez que sólo en caso de necesidad ó de utilidad comun, cuando se le conoce.

De lo que con el carácter de accesorio. Ya sabemos que la cualidad de principal y de accesorio no es absoluta, sino relativa, que la ley estima segun las circunstancias (págs. 255 y 256). En materia de accesion, verémos cuál ha sido el criterio de la ley en cada una de sus clases.

Se incorpora más ó ménos inmediatamente á una cosa nuestra; porque no siempre el objeto extraño viene á formar con el nuestro un solo todo, cual sucede en la isla que se adjudica á nuestro campo por más que entre éste y aquélla corra uno de los brazos del rio (1).

Sin cambiar su naturaleza; para diferenciar este modo de adquirir de los que luégo examinarémos con los nombres de especificacion, conmixtion y confusion, donde se altera el modo de ser de las cosas en que tienen lugar.

Suele clasificarse la accesion en *natural* y *artificial*, segun el hecho, en virtud del cual se incorpora un objeto extraño al nuestro, sea obra de la naturaleza ó del hombre. Resultado el primer caso de una fuerza mayor, no exige indemnizacion por parte del adquirente: lo contrario sucede en el segundo. Tratarémos con separacion de ambos.

(a) *Accesion natural.*

Da lugar á ella el curso variable de las aguas que proporciona aumento en ciertas ocasiones á las heredades. Cuatro casos de esta naturaleza nos presentan las Instituciones: *aluvion*, *avulsion* ó *fuerza del rio*, *cambio de cauce* é *isla*.

Dos observaciones son comunes á todos ellos:

1.ª Que á este género de incrementos solamente dan ocasion los rios; pero nó los lagos y estanques, porque éstos conservan siempre sus límites, *suos terminos retinent* (2).

2.ª Que áun las agregaciones que proporcionan los rios,

(1) Sólo reconocemos que se adquiere por accesion cuando el objeto ajeno viene á ser dependencia del nuestro, á cuyo hecho suele denominarse *accesion continua*: la adquisicion de los frutos de nuestras cosas, llamada *accesion discreta*, entendemos que se realiza en virtud de una de las atribuciones del dominio, la facultad de *disfrutar*.

(2) D., XXXIX, 3, 24, § 3, XLI, 1, 12.pr.

solamente son adquiridas por los campos *arcifinii*, que no tienen otros límites sino los naturales, *cujus fines arcentur naturaliter*; pero no por los *limitati* que tienen determinada su extension : en este último caso, la porcion de terreno que el rio deja libre es *nullius*, objeto de *ocupacion*, y pertenece al primero que se apodera de ella (1). Tales son los principios legales; mas atendida la dificultad de que un extraño pudiese aprovechar terrenos de poca importancia en general, y lo absoluto de las reglas contenidas en las Instituciones, que no distinguen clases entre los predios ribereños, hacen presumir que aquellos principios no estaban en observancia.

Ahora veamos el derecho establecido para cada uno de los expresados acontecimientos.

Aluvion.

§ 20. *Præterea, quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur.*

Se entiende por *aluvion* el acrecentamiento que recibe un campo ribereño con los materiales que le agrega el rio ó con el terreno que éste abandona, de un modo imperceptible: *quod ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat*, añade Gayo en las Instituciones, de donde se ha tomado el párrafo (2).

Siendo los materiales agregados de propietario desconocido, la ley los adjudica desde luego al único que puede aprovecharlos, y que por otra parte se halla expuesto á iguales mermas en la finca por la accion constante del rio. Para evitarlas, todo dueño puede fortificar la ribera de su finca sin cambiar el curso natural de las aguas (3).

Avulsion ó fuerza del rio.

§ 21. *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et vicini prædio appulerit* (4): *palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.*

(1) D., XLI, 1, 16; XLIII, 12, 1, § 7. —*Historia*, pág. 48.

(2) Gayo, II, 70.—D. XLI, 1, 7, § 1; id. id., 38.

(3) C. VII, 41, 1.

(3) C. *attulerit*.

Diferente del aluvion, la *avulsion* ó *fuerza del rio*, segun el lenguaje de los escritores, consiste en el acrecimiento súbito que experimenta nuestro campo con la agregacion de un terreno arrancado por el rio y cuyo dueño es conocido. Esta última circunstancia no permite considerar desde luego el terreno agregado como parte de la finca, cual sucede en el aluvion: conserva su dominio el antiguo propietario (1) y puede reclamarle (2); mas si no lo hace durante largo tiempo, *longiore tempore*, y los árboles arraigan en el predio, cede á éste lo que se agregó (3).

Isla.

§ 22. *Insula, quæ in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. At* (4) *in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat* (5), *communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si aliqua parte divisum* (6) *flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus et fuerat.*

Ya sabemos que las islas formadas en el mar son *comunes;* y por tanto, objeto de la ocupacion (pág. 293).

Las que se forman en los rios podian serlo de cuatro maneras, segun los jurisconsultos romanos: 1.ª Reuniéndose materias diversas sobre la superficie de las aguas, pero sin adherirse al fondo del rio, *ut solum ejus non tangat.* 2.ª Quedando rodeado un campo ribereño por las aguas del rio que vuelven á unirse más abajo, *cum agrum amnis circumfluit.* 3.ª Dejando seca el rio una parte de su cauce natural. 4.ª Acumulándose lentamente materiales sobre el cauce del rio hasta formar una eminencia.

La 1.ª era pública, como el mismo rio (7).

(1) GAYO, II, 71.

(2) D., XII, 1, 4, § 2; XXXIX, 2, 9, § 2.

(3) D., XLI, 1, 7, § 2.—Segun la letra de esta ley, no cabe duda que el dueño del predio adquiere la parte del terreno agregado; porque, concertando con ella, *pars*, dice, *ex eo tempore videtur meo fundo* ADQUISITA *esse*. Pero como las Instituciones hablan en plural, *ex eo tempore* VIDENTUR *vicini fundo* ACQUISITÆ *esse*, siguiendo la lectura de la *Vulgata*, juzgan algunos escritores que Justiniano ha querido referirse solamente á los árboles y nó á la parte del terreno. Nosotros creemos que usó del plural para comprender ambas cosas.

(4) Ad. *deest.*

(5) C., *tenet.*

(6) C., *divisum est.*

(7) D., XLI, 1, 65, § 2.

La 2.ª no constituía objeto de nueva adquisicion ; el propietario de la heredad abrazada por el rio permanecía dueño: *causa proprietatis non mutatur* (1).

Las 3.ª y 4.ª se adjudicaban al que tuviera el campo más próximo ; porque la naturaleza del rio es tal, que cuando cambia su curso, cambia tambien el carácter de su álveo ; y es igual que se trate de solo el álveo ó de los materiales que sobre él se hayan amontonado (2). Este razonamiento de Pomponio nos aclara el sentido de las palabras ambiguas que Justiniano copió de Gayo (3). Segun el texto, parece que sólo debía repartirse la isla entre los propietarios de ambas riberas cuando se hubiera formado precisamente en la mitad del rio, *mediam partem fluminis teneat*; pero, diciéndonos Pomponio que debe adjudicarse como si se tratára del cauce mismo cuando el rio le abandona, es evidente que á cada finca ribereña le corresponde en la isla aquella parte que confronte con ella hasta la mitad del rio, pues así verémos que se halla terminantemente decidido para el caso (4). Esta solucion se presenta por otra parte más equitativa ; porque compensa proporcionalmente á las fincas, ya del terreno que el rio ha podido mermarlas para la formacion de la isla, ya del que nuevamente ocupe por la mayor extension que han de tomar sus aguas.

Por último, considerada la isla como parte del campo al cual se adjudica, adquiere éste todo lo que por aluvion, avulsion, cauce seco ó por una isla que de nuevo se forme, pueda corresponder por su proximidad á la primera isla, aunque el campo se halle más distante que los de la ribera opuesta del terreno que nuevamente ha de adjudicarse (5).

Cambio de cauce.

§ 23. *Quod si naturali alveo in universum derelicto* (6), *alia parte fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ latitudo prope ripam sit, novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est, publici* (7). *Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.*

(1) D., XLI, 1, 7, § 4; id. id., 30, § 2; XLIII, 12, 1, § 10.
(2) D., XLI, 1, 30, § 2.
(3) Gayo, II, 72.—D., XLI, 1, 7, § 3.
(4) D., XLI, 1, 29 y 30, pr.; id. id., 65, § 2; XLIII, 12, 1, § 6.
(5) D., XLI, 1, 56, pr. y § 1; id. id., 65, § 3.
(6) C., *relicto*.
(7) C., *publicus*.

§ 24. *Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit. Neque enim inundatio speciem fundi commutat; et ob id, si recesserit aqua, palam est, eum fundum ejus manere, cujus et fuit.*

El pasaje de Ulpiano, del cual se ha tomado el párrafo 23, contiene algun detalle que han omitido las Instituciones. Cuando el rio, dice aquél, abandonando su cauce natural, empieza á correr por otra parte, el cauce primero corresponde á los que posean campos lindantes con las riberas en proporcion á la extension que cada uno de ellos tenga contigua á la ribera; y el nuevo cauce se hace público cual es el rio. Si despues de algun tiempo vuelve el rio á su antiguo cauce, se distribuye el que nuevamente abandona en la misma forma que se hizo con el antiguo: de manera que si en la primera desviacion ocupó todo un campo, aunque le abandone para volver á su cauce natural, ya no le recobra el antiguo dueño segun el derecho riguroso, *stricta ratione;* porque cesó de pertenecerle, *amissa propria forma*, y no le ha quedado resto del campo para reclamar la parte que pudiera corresponderle en el cauce seco. Pero, añade en seguida, *vix est, ut id obtineat* (1). Por lo demás, el principio sentado por Gayo, y reproducido en las Instituciones, era regla general que todos admitían (2).

A diferencia del caso anterior, una simple inundacion no da al campo inundado el carácter de público; y en su virtud permanece siendo del mismo dueño, como dice el § 24; *namque inundatio speciem fundi non mutat* (3).

(b) *Accesion artificial.*

La accesion artificial es resultado de un hecho que el hombre ejecuta, y en ella vienen á unirse objetos correspondientes á varios propietarios, de los cuales uno se hace dueño del conjunto. Estas dos circunstancias que la separan de la *natural* exigen que el legislador determine concretamente: 1.° los casos en que tiene lugar; 2.° cuál de los propietarios ha de quedar dueño del todo; y 3.° qué derechos corresponden al que pierde su dominio.

Respecto al primer punto, sólo puede sancionarse como caso de accesion aquel en que se unen dos cosas tan íntimamente que no pueden separarse sin grave deterioro; puesto que va á tener por consecuencia la expropiacion sin consen-

(1) D., XLI, 1, 7, § 5.
(2) D., XLI, 1, 30, § 1; id. id., 38 y id., 30, § 3.
(3) D., VII, 4, 23; XLI, 1, 7, § 6; id 56, § 1; XLIII, 12, 1, § 7.

timiento del dueño, y esto únicamente lo autoriza la necesidad. Cuando, por el contrario, es posible separarlas, el dueño de la cosa accesoria puede ejercitar en primer término la accion *ad exhibendum* para obtener la separacion, y revindicarla en seguida (1).

Haciéndose preciso declarar quién de los interesados adquiere la propiedad de las cosas unidas y no separables, se aplica el principio general de que lo accesorio cede á lo principal, *accesio cedit principali* (2). Acerca de lo que se reputa principal y accesorio, comparando los diversos casos resueltos por las leyes, parece que su criterio ha sido el siguiente. Cuando una cosa mueble se incorpora á otra inmueble, la primera es siempre accesoria de la segunda; como los materiales que se emplean en construir ceden al suelo. Cuando una cosa mueble se incorpora á otra mueble, se considera principal: 1.° aquella sin la cual no puede subsistir la otra; cual sucede con el pergamino sobre que se ha escrito: 2.° si ambas pueden existir separadamente, aquella que constituye la forma y da nombre al objeto, v. gr., el vestido, con respecto á los adornos que se le unen, cualquiera que sea el valor de éstos; 3.° si no media ninguna de estas circunstancias, se llega á tomar en cuenta el respectivo valor y volúmen de los objetos (3).

Finalmente, los derechos que corresponden al dueño de la cosa accesoria, varían segun las circunstancias.

Si él es quien ha unido los objetos, pierde la propiedad del suyo; pero podrá obtener su valor cuando los haya unido de buena fe y el dueño de lo principal se los reclama: utilizará al efecto la excepcion *doli mali*, porque nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro (4).

Si la union ha sido hecha por el dueño de lo principal, el propietario de la cosa accesoria conserva sobre ésta el dominio, del cual no debe ser despojado por un hecho ajeno; mas, como no cabe separar los objetos sin considerable deterioro, no le es permitido revindicarle miéntras la union subsista, pero sí podrá entablar contra el dueño de lo principal diversas acciones, segun haya procedido. Cuando éste hubiere obrado de buena fe, ejercitará la accion *in factum* para obtener el precio de la cosa accesoria (5); cuando de mala fe, la

(1) D., VI, 1, 23, § 2 y 5.
(2) D., XXXIV, 2, 19, § 3.
(3) D., XLI, 1, 27, § 2.—Acerca del criterio preferible sobre esta materia, V. *Prolegómenos*, pág. 74.
(4) Gayo, II, 76 y 77.—D., VI, 1, 23 § 4.
(5) D. VI, 1, 23 § 5.

ad exhibendum, por la cual, no siendo posible la separacion de los objetos, conseguirá que se le abone, sobre el precio de la cosa, todos los daños y perjuicios (1); y cuando hubiera mediado sustraccion, las penales *furti* y *condictio furtiva.*

Tales son los principios en materia de accesion industrial. Las Instituciones enumeran los casos en que se verifica más frecuentemente. Al trascribir sus párrafos, nos resta sólo hacer ligeras observaciones comprobando en cada uno de ellos la doctrina general que dejamos consignada, ó notando lo que tiene de excepcional.

§ 26. *Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento; et, qui dominus fuit purpuræ, adversus eum, qui subripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse est* (2), *qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctæ res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam* (3) *aliis possesoribus possunt.*

Los colores ó adornos ajenos que se incorporan á un objeto nuestro ceden á éste como principal, aunque valgan más, *licet pretiosior*; pues sabemos que no es el valor lo que decide en primer término el carácter de principal y accesorio.

El párrafo supone que se empleó la púrpura por el que no era su dueño y que había sido hurtada: por eso dice que proceden las acciones *furti* y *condictio furtiva.* Omite resolver qué sucedería si no hubiese mediado hurto, ó si el empleo de la púrpura se debiese á su mismo propietario: estos casos se decidirán segun los principios que hemos consignado en la doctrina general.

§ 29. *Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse dominus intelligitur ædificii, quia omne, quod inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit ejus dominus esse; sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem Duodecim Tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis injunctum, eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet per actionem, qua vocatur de tigno injuncto (appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt): quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam persecu-*

(1) D., X, 4, 12, § 3.
(2) C. *sit.*
(3) C. *quibusque cui favet Theophylus* πάντων.

lus (1) *tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.*

§ 30. *Ex diverso, siquis in alieno solo sua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus alienata intelligitur, utique si non ignorabat, in alieno solo se ædificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit* (2). *Certe illud constat, si, in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli; utique si bonæ fidei possessor fuit, qui ædificasset* (3) *: nam scienti alienum esse solum, potest culpa objici, quo temere ædificavit* (4) *in eo solo, quod intelligeret alienum esse.*

Siempre que se trata de una construccion en la cual el terreno y los materiales pertenezcan á diferentes dueños, el del suelo viene á ser dueño de lo construido, porque las cosas muebles que se unen á inmuebles son accesorias de éstas: *omne quod inædificatur, solo cedit* (5).

Algo más explícitas las Instituciones en este caso que en el anterior, describen, aunque no completamente, la situacion jurídica de los interesados, segun que la construccion se haya llevado á cabo por el dueño del suelo ó por el de los materiales. Veamos lo que resuelven en cada caso.

En la primera hipótesis, como el dueño de los materiales ninguna participacion ha tenido en el hecho, no pierde la propiedad sobre los mismos ni por el uso que de ellos ha hecho un tercero sin contar con su voluntad, ni por prescripcion ulterior (6); pero, aunque conserva el dominio de sus materiales, no podrá exigir que se le entreguen destruyendo lo construido. Quédanle, segun el texto, dos recursos: ó entablar desde luego la accion *de tigno juncto* para que se le abone el doble precio de los materiales; ó esperar á que la construccion se arruine por cualquiera causa, y entónces pedir la separacion de aquéllos por la accion *ad exhibendum*, y revindicarlos en seguida.

A ser cierta esta doctrina del § 29, resultaría que el constructor sería siempre obligado á pagar el doble precio de los materiales, bien hubiese procedido de buena fe, bien de mala, faltándose á los principios generales de derecho y á los especiales que rigen en la materia. Ulpiano y Paulo nos ense-

(1) VULGO *consecutus.*
(2) C. *materiam tamen vindicare non potest.*
(3) C. *aedificavit.*
(4) C. *aedificaverit.*
(5) GAYO, II, 73.—D., VI, 1, 39, pr.; XLI, 1, 7, § 10 y 12.
(6) D., VI, 1, 23, § 7; XLI, 1, 7, § 11; id. 3, 23, § 2.

ñan que no puede intentarse la accion *ad exhibendum* sino contra aquél que empleó los materiales sabiendo que eran ajenos (1). Por otra parte, al comentar Ulpiano la ley de las XII Tablas que introdujo la accion *de tigno juncto*, dice: *Lex XII Tabularum neque solvere permittit tignum* FURTIVUM *ædibus vel vineis junctum, neque vindicare: quod providenter Lex effecit: ne vel ædificia sub hoc prætextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur, sed in eum qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem* (2). Finalmente, rectificando Paulo el dictámen de Neracio sobre el derecho que tenga la mujer para pedir los materiales de su propiedad empleados en un edificio del marido, dice: *Sed in hoc solum agi potest, ut vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum, ex Lege duodecim Tabularum : neque enim* FURTIVUM *est, quod sciente domino inclusum est* (3). De estos pasajes se infiere que distinguían los siguientes casos:

1.° Si el constructor obró de buena fe, sería tenido á pagar solamente el precio de los materiales por la accion *in factum*.

2.° Si obró de mala fe, el precio de los mismos con los daños y perjuicios, por la accion *ad exhibendum*.

3.° Si los materiales fueron sustraidos, su precio duplicado, por la accion *de tigno juncto*.

4.° Si el dueño de los materiales no ha ejercitado ninguna de estas acciones, podrá revindicarlos cuando se arruine lo construido, segun el § 29; pero en el Digesto figura un fragmento de Ulpiano en el cual se admite la revindicacion de los materiales áun despues de haber ejercitado la accion *de tigno juncto*, sin duda por considerarla *penal* y nó *reipersecutoria* (4).

Segunda hipótesis: es el dueño de los materiales quien los ha empleado en suelo ajeno. Segun el § 30, pierde su propiedad definitivamente, y se entiende que los ha donado, si sabía que el terreno era de otro; de manera que no podrá revindicarlos despues que se arruine lo construido, ni pedir indemnizacion. Mas si hubiera edificado con buena fe y poseyese la construccion, opondrá la excepcion *doli mali* al propietario del suelo, cuando le reclame el edificio, para recobrar el precio de los materiales y la mano de obra. Esta solucion no abraza todos los casos y es demasiado absoluta. Para completarla y rectificarla distinguirémos ante todo si el constructor

(1) D., VI, 1, 23, § 6; XLVII, 3, 1, § 2.

(2) D., XLVII, 3, 1, pr.

(3) D., XXIV, 1, 63.

(4) D., XLVII, 3, 2.

posee ó nó; y en cada una de estas situaciones, si construyó de buena ó de mala fe.

1.° El constructor posee y ha obrado de buena fe. Puede oponer al dueño del suelo, cuando le reclame lo construido, la excepcion *doli mali*. El resultado de esta excepcion será, segun el texto, indemnizarse del precio de los materiales y de la mano de obra, *pretium materiæ et mercedes fabrorum*; pero en el Digesto se sanciona la doctrina de Celso, segun la cual el demandante sólo está obligado á pagar el mayor valor que el terreno haya adquirido por la construccion, *usque eo dumtaxat quo pretiosior factus est*, cualesquiera que sean los gastos hechos por el que edificó, pues en esto únicamente se enriquece á costa de otro. Hay más: no siempre son iguales las consecuencias que produce la falta de este abono por parte del demandante: si él hubiera hecho lo mismo, porque disponía de medios para ello y la obra estaba indicada, no la recobrará miéntras no indemnice: si es pobre, y tiene afeccion especial al terreno, porque en él, v. gr., se hallan enterrados sus antecesores, deberá entregársele lo construido, pudiendo retirar el edificante todo lo que no deteriore el terreno: si, por último, le reclama para venderle en seguida, podrá quedársele el edificante por su valor actual, rebajando lo que importe la indemnízacion que tenía derecho á pedir (1).

2.° El constructor posee y ha obrado de mala fe. Es constante que no podrá oponer la excepcion *doli mali* al dueño del suelo que revindica: sin embargo, cuando no se trata de la revindicacion, sino de la peticion de herencia, admite Paulo que el constructor tiene derecho á reembolsarse del mayor valor que ha dado á la finca, *non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere et id ipsum officio judicis continebitur* (2), é igual derecho reconoce al arrendatario que en la finca arrendada hiciese obras necesarias ó útiles, no mediando convenio (3). Por otra parte, aunque no pueda exigir que se le paguen todos los materiales, una constitucion de Gordiano le autoriza no sólo para reclamar el abono de las obras *necesarias* á la conservacion de la finca, sino para retirar las *útiles* que puedan separarse sin deteriorarla (4); y Ulpiano cree que el comprador de buena fe puede llevarse cuanto edificó, *ædificium quod posuit*, sin perjudicar al dueño del área, por más que al construir supiera que el solar no era suyo (5).

3.° El constructor no posee, pero ha obrado de buena fe.

(1) D., VI, 1, 38.
(2) D., V, 3, 38.
(3) D., XIX, 2, 55; § 1.
(4) C. III, 32, 5.
(5) D., VI, 1, 37.

No poseyendo, claro es que no hay términos hábiles para utilizar la excepcion *doli mali,* porque no ha de ser demandado; y como por otra parte ninguna relacion jurídica le liga con el dueño del suelo, carece de toda accion para pedirle el valor de los materiales (1). Por lo demás, si ha sido privado injustamente de la posesion, utilizará los *interdictos* para recobrarla y colocarse de este modo en situacion más ventajosa. Respecto á los materiales mismos, si las leyes (2) sólo inhabilitan al constructor de mala fe para revindicarlos cuando se arruine la construccion, infiérese *a contrario sensu* que el de buena fe puede hacerlo.

4.° El constructor no posee y ha obrado de mala fe. Si nos atenemos al texto, no tiene derecho para revindicar los materiales despues que se arruine el edificio, porque se entiende que los ha enajenado voluntariamente, *quia voluntate ejus alienata intelligitur*. Esta frase parece que establece una presuncion *juris et de jure* de que el edificante ha donado sus materiales; tenemos, sin embargo, en el Código la constitucion de Caracalla, en la cual se sanciona terminantemente la doctrina opuesta: destruido el edificio, dice este Emperador, *ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide, sive mala ædificium extructum sit: si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sit* (3). Luego, por regla general, áun el constructor de mala fe puede recobrar sus materiales cuando el edificio se arruine; y habrá de probarse que tuvo ánimo de donar para impedirle el uso de este derecho.

§ 31. *Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit; et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit. Antequam autem* (4) *radices egerit, ejus permanet, cujus et fuerat. Adeo autem, ex* (5) *quo radices egerit* (6) *planta, proprietas ejus commutatur, ut, si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicimus* (7): *rationem etenim non permittere, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

Si por derecho natural cede al suelo cuanto sobre él se construye, porque *superficies solo cedit*, con mayor motivo se verifica esto respecto de las plantas que en un terreno

(1) D., VI, 1, 48; XII, 6, 33; XLIV, 4, 14.
(2) § 30.—D., XLI, 1, 7, § 12.
(3) C., III, 32, 2.
(4) *Ante enim quam.*
(5) C. *eo tempore quo.*
(6) C. *agit.*
(7) C. *dicamus.*

se ponen, *si modo radicibus terram complexa sunt*, dice Gayo (1).

La base de que se partió en el derecho romano en materia de plantacion es que las plantas se nutren exclusivamente por sus raíces : por consecuencia , un árbol , bien se halle en pié, bien sea separado de la tierra , pertenece al dueño del suelo donde tiene ó ha tenido últimamente sus raíces, porque con la sustancia de ese terreno se ha formado. El árbol arrancado, dice Paulo , y colocado en otro sitio , miéntras no arraiga, es del primer dueño ; tan pronto como arraiga, cede al campo : y si nuevamente vuelve á ser arrancado, ya no pertenece al primer dueño ; *nam credibile est , alio terræ alimento aliam factam* (2).

Segun esto , la cuestion de propiedad sobre las plantas y sobre las construcciones , difiere en dos puntos:

1.° Los materiales empleados en una construccion ceden al suelo tan presto como se unen á él; las plantas no son accesorias del terreno desde que se colocan en él, sino desde que arraigan.

2.° Para hacerse propietario de los materiales, basta serlo del área sobre la cual se ha construido ; para serlo de una planta, no es suficiente que se halle colocada en terreno nuestro , sino que debe echar en él sus raíces.

De aquí las siguientes conclusiones del texto :

1.ª Si un árbol plantado en el fundo inmediato echa todas sus raíces en el nuestro, pertenece á nosotros y no al vecino.

2.ª Si el árbol plantado junto al confin de un campo extiende sus raíces al campo vecino, á cada uno de los dueños de ambas heredades corresponde la parte que se extienda sobre cada una de ellas (3). Cortado ó arrancado , se hace comun en la misma proporcion, porque ya no es demostrable la parte determinada del árbol que correspondía á cada heredad (4).

(1) GAY II, 73 y 74.

(2) D., XLI, 1, 26, § 2.

(3) D., XLI, 1, 7, § 13; id. id., 8.

(4) D., X, 3, 19, pr.—Pomponio dice: *Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit* (D., XLVII, 7, 6, § 2). Algunos entienden que el jurisconsulto se refería al caso de que únicamente penetrase en el fundo vecino la extremidad de las raíces. Otros creen que el derecho romano distinguía dos casos respecto al árbol plantado cerca del confin : 1.° Cuando se desarrollaba tanto que su tronco pasaba á ocupar parte de la heredad inmediata ; y entónces era comun. 2.° Cuando sólo pasaban sus raíces á la propiedad vecina; y entónces pertenecía exclusivamente al dueño en cuyo suelo estaba plantado. Cualesquiera que sean los fundamentos racionales de esta distincion, nosotros sólo vemos en el pasaje de Pomponio una opinion individual contraria á lo que explícitamente consignan las Instituciones y textos citados, que únicamente toman en cuenta las raíces para adjudicar la propiedad del árbol.

Nada nos dice el texto acerca de los derechos concedidos al que pierde el dominio sobre su planta. Debemos aplicar las mismas reglas establecidas para la edificacion, segun que la plantacion se haya verificado por el dueño del terreno ó por el de la planta, de buena ó de mala fe, con dos modificaciones: 1.ª Que al dueño de la planta se le otorgaba una revindicacion *útil*; pero no la accion *de tigno juncto* (1). 2.ª Que no podrá reclamar el árbol cuando deje de estar adherido al terreno, como podria hacerlo respecto de los materiales; porque se ha transformado con las sustancias del último terreno (2).

§ 32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terra* (3) *coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo ædificaverit si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, quæ diximus: ita, ejusdem exceptionis auxilio, tutus esse potest is, qui in* (4) *alienum fundum sua impensa bona fide conseruit.*

La única diferencia que media entre la siembra, de que habla este párrafo, y la plantacion, objeto del anterior, consiste en que las semillas ceden al suelo desde que se depositan en él; y son, por consecuencia, inseparables del mismo áun ántes de comenzar á germinar (5).

§ 33. *Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisve* (6) *cedunt, ac si* (7) *solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut seruntur: ideoque, si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse judiceris. Sed si a Titio petas, tuos libros tuasve membranas esse, nec impensam* (8) *scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si bona fide earum chartarum membranarumve possessionem nactus est.*

§ 34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturæ cedere; aliis videtur pictura* (9), *qualiscumque sit, tabulæ cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere: ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam*

(1) D., VI, 1, 5, § 3.
(2) D., XLI, 1, 26, § 2.
(3) C. *terræ.*
(4) C. *in deest.*
(5) GAYO, II, 75.—D., VI, 1, 53; XLI, 1, 9, pr.
(6) C. *que.*
(7) C. *ac solo.*
(8) C. *impensas.*
(9) C. *picturam.*

petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali summoveri; at si is, qui pinxit, possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur, quo casu, si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide (1) *possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim* (2) *palam est, quod sive is, qui pinxit, subripuit tabulas* (3), *sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

Supuestos los principios en que se fundó el modo de adquirir por accesion, tanto lo que se escribiese como lo que se pintase en papel, pergamino ó tabla ajenos, debería ceder á éstos, porque sin ellos no podía subsistir la escritura ni la pintura. Tal era la doctrina que profesaban los jurisconsultos más notables. Paulo la consigna en estos términos: Lo que en un papel mio se escribe ó en una tabla mia se pinta, inmediatamente se hace mio; aunque respecto de la pintura juzguen algunos lo contrario, *propter pretium picturæ*, *sed necesse est*, continúa con insistencia, *ei rei cedi*, *quod sine illa esse non potest* (4). El argumento de Paulo no tenía réplica, dados los principios. Pero como éstos no eran sólidos, la opinion, inspirada en la equidad, rechazaba las consecuencias lógicas de los mismos; y adquirió tanta preponderancia, que Gayo se confiesa vencido por ella, limitándose á una ligera protesta. En efecto, despues de consignar que la escritura cede al papel, dice á continuacion: pero en la pintura ha prevalecido lo contrario, *cujus diversitatis vix idonea ratio redditur* (5).

Justiniano consagra en el texto la opinion dominante. Segun ella, la escritura, aunque sea con letras de oro, cede al papel ó pergamino en que se estampa, y viceversa, la tabla sobre que se pinta cede á la pintura: sería ridículo, nos dice, que la pintura de Apéles fuera accesion de una tabla despreciable. No es de extrañar que parecieran á Ulpiano poco satisfactorios los fundamentos de la distincion, si no se aducían otras razones más convincentes que la del texto. Verdad es que en la pintura se trata de una obra de arte concluida, y la escritura solía ser en aquellos tiempos una simple copia, pues no se conocía la imprenta; pero tambien podía ser un trabajo original ó un modelo de caligrafía: en todo caso, pobre necesitaba ser un escrito para no superar al valor del papel.

(1) VULGO *bonæ fidei.*
(2) VULGO *autem.*
(3) C. *tabulam.*
(4) D., VI, 1, 23, § 3.
(5) GAYO, II, 77 y 78.

Lo que todo esto prueba es que se partía de principios equivocados.

Así decidida la cuestion de propiedad, veamos los derechos de ambos interesados.

Al caso de la escritura se aplican las reglas generales. El dueño del papel ó pergamino los reclama, como propietario, del que ha escrito sobre ellos: si éste ha procedido de buena fe, opone la excepcion *doli mali* para indemnizarse de su trabajo; si de mala fe, le pierde.

Para el caso de la pintura se establece una doctrina que no guarda consecuencia ni con los principios generales de derecho, ni con los especiales de la accesion, ni siquiera con la distincion singular que acaba de tributarse á los pintores. Hé aquí lo que dice el texto:

Si posee el dueño de la tabla y la revindica el que la pintó, podrá oponérsele la excepcion doli mali, *miéntras no pague el precio de aquélla.* Una vez decidido que el pintor se hace dueño, esta doctrina es completamente lógica y ajustada á los principios generales.

Mas, si posee el pintor, el dueño de la tabla tiene una accion útil *contra él.* Si esta accion *útil* fuera meramente personal, dirigida, como la *in factum* ó la *ad exhibendum*, á reclamar el valor de la tabla, en nada tampoco se desviaría de los principios generales, puesto que sin voluntad suya se veía privado de la tabla; pero no es así, porque continúa: *en cuyo caso si no paga el valor de la pintura, podrá ser rechazado por la excepcion* doli mali, *si el pintor posee de buena fe.* Luego cuando entable la accion útil y pague la pintura, no puede ser excluído, y habrá que entregarle el cuadro. De aquí se deduce:

1.° Que la accion *útil* mencionada por el texto es la *revindicatoria.* Lo cual se comprueba por el pasaje de Gayo, de donde fué tomado el párrafo, y en el cual dice el jurisconsulto hablando de esta accion: *qua ita efficaciter experiri poterit, si picturæ impensam exolvat* (1).

2.° Que como se otorga la revindicacion, ya al pintor, ya al dueño de la tabla, y necesariamente la ejercitará el que no posea contra el que esté en posesion, el poseedor será quien pierda la propiedad, siempre que el demandante le abone el precio de la tabla ó de la pintura: en suma, tener la posesion es motivo decisivo para perder el dominio.

3.° Que cuando posea un tercero, habrá dos que puedan

(1) D., XLI, 1, 9, § 2.

revindicar el cuadro, sin que la ley decida quién de ellos ha de ser preferido.

4.° Que resulta ser á la vez igualmente propietarios del cuadro el dueño de la tabla y el pintor.

5.° Que con esto viene á tierra toda la preeminencia excepcional otorgada á la pintura.

Semejantes irregularidades y contradicciones sólo pueden explicarse, á nuestro juicio, teniendo en cuenta que se copió sin discrecion el pasaje citado de Gayo que se escribía cuando la opinion luchaba todavía con los principios y querían conciliarse doctrinas opuestas.

(C) Especificacion.

§ 25. *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquó, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum, aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argento, vel ære vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vet subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculeianorum ambiguitates placuit media sentencia existimantium, si ea species ad materiam* (1) *reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerat* (2), *si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam æris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque* (3), *veluti ex suo vino et alieno melle mulsum* (4), *aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiæ præstavit.*

Los juristas llaman *especificacion á la confeccion de un objeto nuevo con materia ajena, verificada por cuenta propia, sin anuencia de su dueño*. Es necesario, segun esto, para que haya especificacion.

1.° *Que se confeccione un objeto nuevo, speciem aliquam,*

(1) Vulgo *priorem materiam*.
(2) C. *fuerit*.
(3) C. *quis*.
(4) C. *miscuerit*.

es decir, que el hecho no consista en añadir ciertas condiciones al objeto, conservando su forma primitiva, porque entónces sería caso de *accesion*; sino que transforme la materia, creando una cosa que tenga distinto uso y nombre.

2.° Que se haga *con materia ajena*, *ex aliena materia*; porque las transformaciones que hace el dueño en cosas propias, son resultado de la facultad de disponer, nó un modo de adquirir lo que ántes fuera de otro.

3.° Que se verifique *por cuenta propia*, *suo nomine;* pues si la transformacion se hiciera con el ánimo de que el objeto nuevo correspondiese al propietario de la materia, habría sólo continuacion de dominio por parte de éste.

4.° Finalmente, *sin anuencia del dueño*; porque si éste autoriza el hecho, la propiedad del objeto se determinará por las cláusulas del convenio que haya mediado: pero nó por las reglas de la especificacion (1).

Determinadas así las circunstancias del hecho, nos da á conocer Gayo en el mismo fragmento la diversa manera con que en su tiempo fué apreciado este hecho. Los Proculeyanos, Nerva y Próculo, le referían á la *ocupacion*; puesto que daba por resultado un objeto completamente nuevo, que ántes no existía, y por consecuencia debía ser del primer ocupante, es decir, del que le formó (2). Los Sabinianos, Sabino y Casio, le consideraban un caso especial de *accesion*, en el cual el trabajo debía ceder á la materia; porque ésta subsistía no habiendo experimentado más que una modificacion en su modo de ser, y por otra parte sin ella no hubiera podido formarse el objeto. Había, por último, quienes adoptando un término medio, que el jurisconsulto prefiere, *media sententia recte existimantium*, daban la preferencia á la materia, cuando podía restituirse á su primitivo estado; y cuando no fuera posible, á la forma. Concluye haciéndose cargo de las hipótesis que se proponían como ejemplos correspondientes á uno ú otro caso, y niega que en el segundo de ellos se encuentre quien desgrana las espigas del trigo ajeno: *cum enim grana quæ spicis continentur, perfectam habeam suam speciem*, *qui excussit spicas*, *non novam speciem facit*, *sed eam quæ est*, *detegit* (3).

Justiniano adopta, como Gayo y Pomponio (4), la opi-

(1) D., XLI, 1, 25.

(2) Como cosa *nullius*, no respondería su primer ocupante de las obligaciones á cuyo cumplimiento estuviera eafecta la materian su anterior forma, ni sería furtiva por más que la materia hubiera sido robada.

(3) D., XLI, 1, 7, § 7.

(4) D., VI, 1, 5, § 1.

nion media; pero, al tomar para este párrafo la doctrina y los ejemplos del jurisconsulto, deja sin copiar su último período en que rechaza el ejemplo de las espigas. ¿Consistirá en que su opinion fuese contraria á la de Gayo? ¿Será que las Instituciones se redactáran con demasiada precipitacion? (1).

Termina el párrafo diciendo que si se hubiera empleado para formar el objeto nuevo una parte de materia propia y otra de ajena, corresponderia sin duda al que le formó: porque no sólo puso el trabajo, sino parte de la materia. Decision tan absoluta parece que confiere al especificante el dominio del objeto siempre que para confeccionarle haya empleado alguna materia de su propiedad: mas, como esto se dice á continuacion de los casos en que la materia no puede reducirse á su primitiva forma; como los ejemplos que pone corresponden á esta clase; y como en el Digesto se consigna la doctrina general de que cuando se forma una nueva especie con materias pertenecientes á varios dueños, deben separarse si lo permite su naturaleza (2); es opinion muy admitida que sólo cuando son inseparables las materias tiene lugar la disposicion de Justiniano.

Hasta aquí la cuestion de propiedad: veamos la de indemnizacion en las dos hipótesis.

Cuando el objeto se adjudica al especificante por no poder reducirse á su primitiva forma, el dueño de la materia puede exigir al especificante de buena fe el valor de ésta por medio de la accion *in factum*, puesto que un hecho suyo le priva de una cosa que le pertenecía; al de mala fe, el valor de la materia con los daños y perjuicios, por la *ad exhibendum* (3); y en caso de sustraccion, la responsabilidad consiguiente al hurto (4).

Cuando el objeto se adjudica al dueño de la materia, el especificante no tiene accion para reclamar el precio de su trabajo; porque ninguna relacion jurídica existe entre ambos, ni el dueño de la materia ha practicado hecho alguno que le obligue. Si el especificante procedió de buena fe y posee, utilizará la excepcion *doli mali* cuando el dueño de la materia le reclame el objeto sin pagarle el valor de la obra. Si procedió de mala fe, pierde su trabajo.

(1) Más singular es todavía que, adoptada por el Emperador la opinion media, se inserten como leyes en las Pandectas las opiniones contrarias. (D., VI, 1, 61; X, 4, 12, § 3.)

(2) D., VI, 1, 5, § 1; XLI, 1, 12, § 1.

(3) Gayo, II, 79.—D., X, 4, 9, § 3; id. 12, § 3.

(4) D., XIII, 1, 13 y 14, § 3; XLVII, 2, 52, § 14.

(D) Confusion y conmixtion.

§ 27. *Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti, si qui vina sua confunderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et, si diversæ materiæ sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est: nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuitu, et non voluntate dominorum, confusæ fuerint, vel diversæ materiæ, vel quæ ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.*

§ 28. *Quod si frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerint ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint; sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut is* (1) *æstiment, quale cujusque frumentum fuerit.*

Se ocupan estos párrafos del caso en que se hayan mezclado materias correspondientes á varios propietarios. Este hecho suele denominarse *confusion* si las materias mezcladas son líquidas ó liquidadas, y *conmixtion* si son sólidas. A tal nomenclatura puede haber dado lugar la forma en que las Instituciones exponen la doctrina; porque en el § 27 hablan de las primeras; en el 28, de las segundas; y hasta parece que se somete á diferentes reglas la mezcla de unas y de otras. Pero los jurisconsultos clásicos no hicieron semejante distincion. Ulpiano, por ejemplo, tratando de la mezcla de granos (materia sólida) dice *si confusum sit*; y ocupándose de la mezcla del plomo con plata (materias liquidadas), *si mixtum sit* (2). Ni podía ser otra cosa; porque ambas mezclas se rigen por los mismos principios: en definitiva, la ley atiende para resolver las cuestiones á la circunstancia de si son ó no separables las materias; y no cabe decir que todas las materias sólidas admiten separacion, como lo reconoce el mismo Justiniano cuando equipara malamente la mezcla de trigos á la de ganados.

Trátese, pues, de unas ú otras materias, distinguirémos

(1) C. *ut ipse.*

(2) D., VI, 1, 5, pr. y § 1.

los tres únicos modos con que puede haberse hecho la mezcla: 1.° por voluntad de todos los dueños; 2.° por voluntad de solo uno de ellos; 3.° sin la voluntad de ninguno de los propietarios.

1.° *Por voluntad de todos los dueños.* Bien sean materias del mismo ó de distinto género, resulte ó nó una nueva especie, el todo pertenece á quien ellos hayan convenido; y en defecto del acuerdo prévio, será comun (1).

2.° *Por voluntad de uno solo de los dueños.* El que no consintió, no debe perder la propiedad sobre su materia por un hecho ajeno. Si las materias son separables, podrá exigir su separacion y que se le entregue lo que le pertenece (2), aunque se haya formado un objeto nuevo (3). Si las materias no pueden separarse y son de la misma naturaleza, el todo se hace comun á prorata de la materia que de él corresponda á cada uno (4); pero si resultase una nueva especie, será de quien hizo la mezcla (5). En todo caso, el que mezcló las materias responde de los daños y perjuicios (6).

3.° *Sin voluntad de ninguno de los dueños.* Esto puede tener lugar por acaso ó por hecho de una tercera persona. Si la mezcla es debida al acaso, se hace comun de todos á prorata, ya las materias sean del mismo ó distinto género, y resulte ó nó una nueva especie (7). Si la mezcla se ha hecho por un tercero, los dueños conservan su derecho: podrán reclamar su respectiva materia cuando sea separable, ó serán copropietarios del todo á prorata cuando no admita separacion; mas en el caso de que se hubiera formado una nueva especie, le corresponderá al que la formó, segun las reglas de la especificacion (8).

De todo resulta que la confusion ó conmixtion sólo es verdadero modo especial de adquirir cuando se mezclan sin previo convenio materias de diversos propietarios con las circunstancias siguientes: 1.ª Que no puedan separarse; 2.ª Que ninguna de ellas tenga el carácter de principal con respecto á las otras, pues de lo contrario sería caso de *accesion*; 3.ª Que si su mezcla se debe á la voluntad de uno solo de los

(1) D., VI, 1, 5, pr.; XLI, 1, 7, § 8.
(2) D., VI, 1, 5, § 1; id. id., 23, § 5.
(3) D., XLI, 1, 12, § 1.
(4) D., VI, 1, 3, § 2.—Javoleno presenta un caso en que no tiene aplicacion esta doctrina. Cuando un deudor, dice, paga con dinero ajeno sin ó contra la voluntad de aquél á quien pertenecen las monedas, éste permanece dueño de ellas; pero si el que cobra las mezcla con las suyas de manera que no puedan distinguirse unas de otras, se hacen del que las recibió en pago, y el dueño reclamará de quien las entregó (D., XLVI, 3, 78).
(5) D., VI, 1, 5, § 1.
(6) D., VI, 1, 4.
(7) D., XLI, 1, 7, § 3.
(8) D., VI, 1, 5, § 1.

dueños ó á un tercero, no resulte una nueva especie; porque entónces sería caso de *especificacion*.

(E) TRADICION.

La palabra *tradicion* en su sentido lato se emplea para designar el hecho por el cual se entrega una cosa por cualquier título; v. gr., de prenda (1), de usufructo (2), de comodato (3) de depósito (4), de arriendo (5), etc.

En el sentido estricto, como uno de los medios de adquirir el dominio es el traspaso de la posesion de una cosa verificado por el dueño á otro sugeto con intencion por parte de ambos de que el último se haga propietario de aquélla.

Las Instituciones desenvuelven esta doctrina exponiendo: 1.° el fundamento y efectos de la tradicion; 2.° quién puede hacerla; 3.° cómo puede hacerse; 4.° á favor de quién puede tener lugar. Aunque no es el más lógico, seguirémos este órden para acomodarnos al texto en todo lo posible.

(a) *Fundamentos y efectos de la tradicion.*

§ 40. *Per traditionem quoque, jure naturali, res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens et naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria prædia, quæ in provinciis sunt, inter quæ nec non et Italica prædia ex nostra constitutione nulla differentia est.*

Principia el párrafo consignando que el modo de adquirir por la tradicion se funda en el *derecho natural*; porque nada hay tan conforme á la equidad natural como tener por valedera la *voluntad* del dueño que quiere transferir una cosa suya á otro. Fijemos los conceptos que encierra esta proposicion.

Si la propiedad es un derecho natural, y una de las facultades que confiere es la de disponer, evidentemente se funda en el *derecho natural* la transmision que el propietario haga en favor de un tercero y que éste acepta. Necesítase, pues, desde luego, como primer requisito, el concurso de ambas voluntades (6). Cuando tratemos de las obligaciones, expondrémos los casos en que son nulas por faltarles esta circunstancia: pero circunscribiéndonos á la tradicion, podemos de-

(1) D., XIII, 7, 1, pr.; L. 16, 238.
(2) D., VII, 9, 7 y 12.
(3) D., XIII, 6, 20.
(4) D., XVI, 3, 6.
(5) D., XIX, 2, 31.
(6) D., XLIV, 7, 55.

cir que hay unidad de voluntades siempre que los interesados estén de acuerdo respectivamente en traspasar y adquirir la propiedad de una cosa determinada. Segun esto, no será obstáculo para su validez que el cedente se proponga transmitir por un título y el cesionario acepte por otro distinto, con tal que ambos títulos sean translativos de dominio; pero sí cuando uno de ellos no lo sea, y cuando medie error acerca de la persona que recibe, de la cosa que se entrega ó de la pertenencia de ésta (1); pues semejantes clases de error versan acerca de un elemento esencial de la tradicion.

Mas en el *derecho positivo* no basta la simple voluntad del dueño y del adquirente; porque el dominio es un derecho real, una relacion directa entre el sugeto y el objeto, que los demas hombres tienen obligacion de respetar, y exige por lo tanto un hecho que haga pública la transmision (págs. 259 y 287). Segun el derecho antiguo, este hecho consistía en la *mancipatio* ó en la *in jure cessio* cuando quería transmitirse el dominio de las cosas *mancipi*, las que constituían la propiedad especial romana, solemnidades que cayeron en desuso á medida que el *jus Quiritium* perdía su importancia; pero llenaban cumplidamente el objeto de dar publicidad á la creacion de los derechos y hacer constar la voluntad de los interesados (págs. 284 á 286). Fueron, pues, reemplazadas por la *simple tradicion*, acto privado, insuficiente para que pueda ser conocido de todos el derecho adquirido, y poco expresivo para darnos á conocer la intencion de las partes (2).

Toda cosa corporal, continúa el texto, puede ser entregada; y una vez que el dueño la entrega, queda enajenada, aunque se trate de predios estipendiarios ó tributarios. Hé aquí el efecto que produce la tradicion, la adquisicion del dominio siempre que reuna todas las condiciones que despues verémos. Se refiere el párrafo á las cosas corporales, porque las incorporales no son susceptibles de verdadera tradicion, si bien se admite respecto á ellas una como tradicion. Declara que es aplicable á los predios estipendiarios y tributarios, porque en tiempo de Justiniano había desaparecido la diferencia entre los predios itálicos y provinciales (pág. 286). Por lo demás, el adquirente se hará dueño de la cosa entregada en los mismos términos y con iguales derechos y gravámenes que su

(1) D., XLI, 1, 35; id. 2, 34.

(2) Por esta razon los pueblos modernos han creado Registros públicos en los cuales debe inscribirse el derecho adquirido si ha de producir efecto con respecto á terceras personas; pero esta reforma interesantísima sólo puede tener aplicacion cuando se trata de derechos referentes á cosas cuya indvidualidad es posible determinar.

antecesor, porque es un modo *derivativo* (pág. 288). Si la entrega se ha hecho bajo condicion suspensiva, no se transmite la propiedad hasta que aquélla se cumpla (1); pero, una vez cumplida la condicion, se adquiere la propiedad sin necesidad de nueva entrega (2).

Esta doctrina general reconoce la excepcion que expresa el

§ 41. *Sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditæ vero (3) et traditæ, non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam ex lege duodecim Tabularum, tamen recte dicitur, et jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit (4), dicendum est, statim rem emptoris fieri.*

Cuando el título en virtud del cual se nos entrega un objeto es la compra venta, no adquirimos su dominio aunque se nos entregue, miéntras no paguemos el precio convenido ó el vendedor se dé por satisfecho por la garantía que le ofrecemos en hipotecas, fiadores, etc., ó por la confianza personal que le inspira nuestro crédito (5). Supónese que el vendedor se ha determinado á entregar la cosa únicamente bajo la seguridad de recibir el precio.

(b) *Quién puede hacer la tradicion.*

§ 42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate ejus alius.*

§ 43. *Qua ratione, si cui libera universorum negotiorum administratio a domino permissa fuerit, isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.*

Puede verificar la tradicion, nos dice el texto, el mismo dueño ú otra persona en su nombre. Aunque la doctrina es tan clara como cierta, debemos hacer ligeras observaciones.

No basta ser dueño para traspasar la propiedad del objeto que se entrega: es necesario además tener la facultad de enajenar; pues hay muchos dueños que por carecer de ella, no pueden transmitir su dominio, segun ya indicamos (pág. 282) y nos dirán las Instituciones en el Título 8.º de este Libro.

La tradicion hecha por tercera persona en tanto es válida

(1) D., XII, 1, 8; XLI, 2, 38, § 1; id. 4, 2, § 2, 3 y 4.
(2) D., XXXIX, 5, 2, § 5; id. 6, 29.
(3) C. *vero res.*
(4) C. *est.*
(5) D., XIV, 4, 5, § 18; XVIII, 1, 19 y 53; XL, 12, 38, § 12.

en cuanto se halle expresamente autorizada por el dueño para verificarla. Esta doctrina se desenvuelve en el Título 26 del Libro III al exponer el contrato de *mandato*.

La tradicion realizada por quien no es dueño ni ha recibido de éste facultad para ello, si bien no traspasa desde luego el dominio, tampoco carece totalmente de resultados jurídicos; porque transfiere la posesion con todos los efectos consiguientes, segun la buena ó mala fe que haya mediado por parte de quien la recibe (pág. 267).

Por último, había un caso en que la tradicion hecha por quien no era dueño ni comisionado del dueño daba la propiedad. Sucedía esto en todo lo que se recibía del Emperador ó de la Emperatriz: el verdadero dueño carecía de todo recurso contra el adquirente; y sólo podía ejercitar, durante los cuatro primeros años, una accion personal contra el erario para obtener su indemnizacion (1).

(c) *Cómo puede hacerse la tradicion.*

§ 44. *Interdum etiam, sine traditione, nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam, veluti, si rem, quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim acquiritur tibi proprietas, perinde ac si eo nomine tradita fuisset.*

§ 45. *Item, si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

Con sólo recordar las doctrinas que expusimos al tratar de la posesion, comprenderémos bien el fundamento de las que ahora consigna el texto.

Allí dijimos (págs. 270 y 271) que para adquirir la posesion de una cosa necesitábamos tener intencion y verificar un acto capaz de poner el objeto bajo nuestro poder: que este acto debía revestir formas muy ostensibles cuando se trataba de constituir una posesion nueva, como sucede en la ocupacion de las cosas *nullius*; puesto que por él se privaba á los demas hombres del derecho que tenían, como nosotros, á poseerlas: pero que si se trataba sólo de trasferirnos la posesion que otro ya tenía establecida, cual sucede en la tradicion, debía bastar cualquier acto suficiente á demostrar la voluntad de los interesados.

Hé aquí, pues, el sentido en que el § 44 nos dice que al-

(1) C. VII, 37, 2 y 3.

gunas veces la mera voluntad, sin necesidad de tradicion, basta para trasferir el dominio de las cosas. Lo que falta en los casos del texto es la entrega material del objeto; pero no es la mera voluntad del dueño lo que trasfiere la posesion, sino un acto más espiritual que la tradicion física.

Los actos considerados bastantes para que la tradicion se entienda realizada, comprendidos y omitidos por el texto, son:

1.° La toma de posesion con anuencia del dueño (1): y se entiende que hemos tomado posesion, no sólo cuando aprehendemos los objetos, sino tambien cuando los marcamos (2), á no ser que las marcas se impriman con el único fin de evitar fraudes, *ne summutetur* (3).

2.° La autorizacion del dueño para que poseamos en adelante, como propietarios, un objeto que se hallaba ya en nuestro poder por otro título; v. gr., en comodato, arriendo, depósito etc. A esta manera de trasmitir suele llamársela *tradicion brevi manu* (4).

3.° La entrega que el dueño hace de las llaves del lugar donde se custodian los objetos que trasfiere, con tal que nos encontremos presentes en dicho lugar, pero sin necesidad de que se abra para ver los objetos (5).

4.° La entrega hecha por el dueño de los títulos en que consta su derecho de propiedad sobre la cosa que nos trasmite (6). Este caso y el anterior se llaman por los comentaristas *tradicion simbólica*.

5.° La declaracion por parte del dueño de que nos entrega la posesion de la finca, hecha á presencia de ésta: *si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque possessionem tradere dicat*, pone como ejemplo Celso; y Paulo justifica este procedimiento diciendo: *Et argumento esse eas res quæ propter magnitudinem ponderis, moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi si in re præsenti consenserint* (7).

6.° La órden que el comprador da al vendedor para que remita el objeto comprado á casa del primero (8), ó para que le entregue á un tercero que se halla presente (9). El mismo efecto produce la órden del acreedor á su deudor para que le presente el objeto que le debe (10). Los actos comprendidos en estos dos últimos números reciben comunmente el nombre de *tradicion longa manu*.

(1) D., VI, 1, 77.
(2) D., XVIII, 6, 14, § 1.
(3) D., XVIII, 6, 1, § 2.
(4) D., XLI, 1, 9, § 5.
(5) D., XIII, 1, 74; XLI, 1, 9, § 6.
(6) C. VIII, 54, 1.
(7) D., XLI, 2, 1, § 21.
(8) D., XLI, 2, 18, § 2.
(9) D., XLI, 2, 1, § 21.
(10) D., XLVI, 3, 79.

(d) *A favor de quién puede tener lugar la tradicion.*

§ 46. *Hoc amplius, interdum et incertam personam collocata* (1) *voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce prætores vel consules, qui missilia jactant in vulgus, ignorant, quid eorum quisque excepturus sit; et tamen, quia volunt, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.*

Consistiendo la tradicion en el traspaso de la posesion, no puede tener lugar si la persona que recibe el objeto es incapaz de adquirir la posesion (pág. 268).

De la propia manera que el dueño puede autorizar á una tercera persona para que entregue la cosa, puede el adquirente valerse de un extraño que la reciba en su nombre y con los efectos que ya conocemos (págs. 270 y 271).

Las Instituciones omiten estas doctrinas, así como el caso más general de que el adquirente sea persona determinada, por considerarlo innecesario. Limítanse á decirnos que la tradicion puede hacerse á *persona incierta*, y para demostrarlo citan el ejemplo de los magistrados que arrojan monedas al pueblo en ciertas solemnidades.

El párrafo es un nuevo testimonio de cuánto habían cambiado las ideas. Los antiguos jurisconsultos solamente hubieran podido explicar este caso como compuesto de dos actos distintos y unilaterales; abandono por parte del magistrado, y ocupacion por parte del que se apoderaba de las monedas, pues no comprendían que un acto jurídico pudiera realizarse con persona incierta; por más que semejante explicacion fuera opuesta á la intencion de los magistrados, que no las abandonaban *pro derelicto*, sino con voluntad de que pasasen á ser propiedad de uno de los presentes: Gayo (2) y Justiniano reconocen que el caso constituye un solo acto bilateral, y que la voluntad del propietario transfiere el dominio, no obstante que se refiera á persona indeterminada.

(F) Adquisicion de frutos.

En el idioma jurídico se comprende bajo la palabra *frutos* no solamente los productos naturales de una cosa, sino tambien las utilidades que á su dueño proporciona cuando la usa un tercero (3). Los primeros son llamados frutos *naturales*: las segundas, frutos *civiles*. A los naturales se les denomina *meramente naturales* ó *mixtos*, segun su produccion sea es-

(1) C. Collata.
(2) D., XLI, 1, 9, § 7.
(3) D., VI, 1, 62.

pontánea ó debida al trabajo del hombre sobre la naturaleza. Por último, tanto los meramente naturales como los mixtos reciben el nombre de *pendientes*, miéntras se encuentran adheridos á la cosa que los produjo ; *separados*, tan luego como son natural ó artificialmente segregados de la misma ; *percibidos*, si ha tomado posesion de ellos el que disfruta la cosa; y *consumidos*, cuando ya no existen en poder de quien los percibió por haberlos destruido ó enajenado.

Las personas á quienes pueden corresponder los frutos de una cosa, mencionadas por Justiniano en este título, son: 1.° el propietario; 2.° el poseedor; 3.° el usufructuario; 4.° el colono. Veamos la doctrina referente á cada uno de ellos.

(a) El propietario.

Miéntras los frutos se hallan *pendientes*, forman parte de la cosa que los ha producido : *fructus pendentes pars fundi videntur* (1). *Separados*, continúa la propiedad que sobre ellos ya tenía, sin hacerse necesario que adquieran el carácter de *percibidos* ni de *consumidos* (2). Consiguiente á este principio, dice el

§ 19. *Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

El texto menciona solamente la cria de los animales, porque es donde podía caber duda sobre si correspondía al propietario de la hembra ó al del macho; y decide con Pomponio y Ulpiano (3) que pertenece al dueño de la primera.

Los hijos de las esclavas son tambien del dueño que tenga la madre (4) cuando los da á luz, nó cuando los concibió (5); si bien no se reputan frutos, como nos dicen las Instituciones en el § 37 tomado literalmente de Gayo : *Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit* (6).

Si la cosa productiva es comun de varios dueños, á cada uno le corresponde en los frutos una parte proporcional á la que tenga en el dominio, por más que sólo uno de ellos haya contribuido á la produccion, v. gr., sembrando; *quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur* (7).

Pero, aunque el dueño de una cosa hace suyos los frutos, deberá indemnizar á los que hayan cooperado para que se

(1) D., VI, 1, 44.
(2) D., XLI, 1, 2, 6, y 48, pr.
(3) D., VI, 1, 5, § 2.
(4) C. III, 32, 7.
(5) D., XLI, 1, 66.
(6) D., XXII, 1, 28, § 1.
(7) D., XXII, 1, 25, pr.

produjeran, con arreglo á los principios expuestos en la plantacion y siembra.

(b) El poseedor.

Entre las clases de posesion enumeramos las de buena y mala fe, expresando los medios que para conservarlas otorgaba la ley á cada una de ellas. Ahora nos ocuparémos de los derechos que sobre los frutos de la cosa tiene el poseedor.

§ 35. *Si quis a non domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qua* (1) *justa causa æque bona fide acceperit; naturali ratione placuit, fructus, quos percipit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo, si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui sciens alienum fundum possiderit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sunt* (2), *cogitur restituere.*

Este párrafo trata : 1.° del poseedor de buena fe, miéntras el dueño no se presenta; 2.° del mismo poseedor, cuando el dueño aparece; 3.° del poseedor de mala fe.

1.° *Poseedor de buena fe miéntras el dueño no se presenta.* Para exponer este caso, preferimos al texto el fragmento de Paulo, que sin duda tuvieron á la vista, pero desfiguraron los redactores de las Instituciones. Dice así el jurisconsulto : *Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes : quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi à solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt. Nec interest ea res, quam bonæ fidei emi, longo tempore capi possit necne* (3).

En tan breve pasaje se declaran con precision todos los extremos que necesitamos saber :

Condiciones del poseedor. Ha de poseer en virtud de un título legal y traslativo de dominio : *bonæ fidei emptor*. Cuando tratemos de la prescripcion expondrémos cuáles son esos títulos.

Carácter jurídico del poseedor. Respecto á los frutos, se le equipara al dueño ; *quod ad fructus attinet loco domini pene est*. Juliano emplea un lenguaje todavía más absoluto : *bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet quod*

(1) C. *Qualibet.*
(2) C. *sint.*
(3) D., XLI, 1, 48, pr.

dominis prædiorum tributum est (1). Y esto es indispensable; porque miéntras no aparezca alguien que pruebe ser verdadero dueño, ni para la sociedad ni para el mismo poseedor hay otro propietario que él.

A qué frutos tiene derecho. Si no puede ménos de considerársele dueño, su derecho se extenderá á todos los frutos indistintamente: *non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes.* Ménos explícitas las Instituciones, nos dicen, es verdad, que hace suyos los frutos en general; pero como añaden que los adquiere *pro cultura et cura*, dan márgen á dudar si hará suyos tambien los frutos *meramente naturales* que se producen sin cultivo ni cuidado. Cual si Paulo hubiera previsto semejante razonamiento, añade en la ley citada: *Et ovium fœtus in fructu sunt, et ideo ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiam si prægnantes venierint vel subreptæ sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint dubitari non potest. Idemque in lana juris est.* Véase, pues, cómo el cultivo y cuidado no ejercen la menor influencia en que el poseedor haga suyos los frutos. Por último, si tal fuera su título á los frutos, podría retener aquéllos que se debiesen á su trabajo, por más que el dueño se presentára; y luégo verémos que no es así (2).

Qué derechos adquiere sobre los frutos. Los hace suyos; *suos interim facit:* de manera que es completo dominio el derecho que adquiere. El adverbio *interim* no significa que ese dominio sea revocable, ó que sólo tenga sobre los frutos una posesion de buena fe que le habilite para prescribirlos; porque el mismo jurisconsulto dice en otra parte, refiriéndose á la lana de las ovejas hurtadas, que el comprador de buena fe *nec usucapi debet, sed statim emptoris fit* (3). Gayo á su vez declara terminantemente: *In pecudum, fructu etiam fetus est, sicut lac, et pilus, et lana. Itaque agni, et hœdi, et vituli statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris et fructuarii* (4). No se opone á esto la obligacion que tiene de res-

(1) D., XXII, 1, 25, § 1.

(2) Solamente figura en el Digesto un fragmento que parece apoyar la doctrina del párrafo. Dice Pomponio que la mujer ó el marido únicamente hacen suyos los frutos de la cosa donada por el otro cónyuge cuando su produccion se debe á un hecho del perceptor, y añade: *sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris* (D., XXII, 1, 45.) Pero nótese: 1.° Que en el caso que se trataba de una adquisicion en virtud de título reprobado por el derecho, cual verémos que lo es la donacion entre cónyuges. 2.° Que sólo incidentalmente habla del poseedor de buena fe. 3.° Que áun en esta forma, no niega á *todo* poseedor de buena fe los frutos producidos espontáneamente, sino *cujuslibet*, es decir, á los que, como el cónyuge, poseen en virtud de un título ilegal. (C. V, 73, 2.)

(3) D., XLI, 3, 4, § 19.

(4) D., XXII, 1, 28, pr.

tituir al propietario, si apareciere, los frutos que conserve en su poder, como verémos despues.

Desde cuándo hace suyos los frutos. Desde el momento en que se hallan separados de la cosa que los produjo: *etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt.* La misma doctrina consigna Juliano: *Ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint* (1). Esto era perfectamente lógico: teniendo posesion jurídica sobre la misma cosa productiva, la tenía igualmente sobre los frutos á medida que los producía; y por consecuencia no necesitaba tomar sobre ellos una nueva posesion, percibiéndolos (2).

Sobre qué cosas le corresponden estos derechos. Sobre todas las que posee de buena fe y con título justo, inclusas aquellas que no son susceptibles de adquirirse por prescripcion: *nec interest ea res, quam bona fide emi, longo tempore cœpi possite necne.* Acorde Ulpiano, decía: *Ex furtivis equis, nati statim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur* (3). Nótense bien las dos diferencias que median entre la adquisicion de los frutos y la prescripcion de la cosa: 1.ª Para ser dueño de los frutos, basta poseer de buena fe: para llegar á ser dueño de la cosa misma, por la prescripcion, se necesitan otros requisitos que verémos en su lugar. 2.ª Siendo la buena fe el título que da derecho á los frutos, tan luego como aquélla falta, cesa el derecho; de suerte que es necesario tener buena fe cada vez que se han de adquirir frutos, porque hay tantas adquisiciones como períodos de frutos: viceversa, el tiempo de la prescripcion corre aunque sobrevenga mala fe, con tal que se hubiera comenzado á poseer debidamente; porque se trata de una sola adquisicion: *hoc enim ad jus, id est, capionem; illud ad factum pertinere, ut si quis bona aut mala fide possideat,* dice Paulo (4); y Ulpiano á su vez: *Quæstio in eo est, utrum initium spectamus, an singula momenta, et magis est ut singula momenta spectemus* (5). Tal era la opinion general; no obstante, Juliano sostenía que el poseedor de buena fe continúa siéndolo *quandiu evictus fundus non fuerit* (6).

2.° *Poseedor de buena fe cuando el dueño aparece.* Debe entregar al propietario que revindica: 1.° la cosa; 2.° los

(1) D., XXII, 1, 25, § 1.
(2) Otro tanto y por idéntica razon verémos que sucedía respecto del enfitéuta, del que poseía en precario y del acreedor pignoraticio á quien se le hubieran concedido los frutos de la cosa.
(3) D., XLVII, 2, 48, § 6.
(4) D., XLI, 1, 48, § 1.
(5) D., XLI, 1, 23, § 1.
(6) D., XXII, 1, 25, § 2.

frutos existentes, nó los *consumidos : de consumptis agere non potest* (1).

Mas, segun hemos indicado anteriormente, la obligacion de entregar los frutos existentes no se opone á que el poseedor venga siendo dueño pleno de ellos. Por eso, si los hubiera consumido, á nada quedaba obligado: por eso, la accion que el propietario de la cosa tiene para reclamar los frutos existentes es meramente personal, y no puede intentarla contra los terceros que hubiesen adquirido los frutos; por eso, en fin, si al poseedor no le es posible entregarlos de presente, se le admite fiador que responda de su abono en el plazo señalado (2).

3.° *Poseedor de mala fe.* Se entienden poseedores de mala fe:

1.° El que comenzó á poseer sabiendo que la cosa era ajena.

2.° El que comenzó á poseer de buena fe, pero más tarde sabe que la cosa no le pertenece.

3.° Todo poseedor tan luego como se le reclama la cosa judicialmente. Sobre este caso emplean las leyes dos locuciones distintas; unas veces dicen desde que *contesta á la demanda* (3); otras, desde que se *incoa la demanda* (4). Ulpiano consigna cuál era la verdadera jurisprudencia: *post litem contestatam*, dice, *omnes incipiunt malæ fidei possessores esse quinimo, post controversiam motam. Quamquam enim litis contestatæ mentio fiat in senatu consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi prædones tenentur. Et hoc jure hodie utimur; coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur: qui vero prædo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur; hic est enim dolus præteritus* (5). Constantino justifica esta jurisprudencia con palabras ménos duras: *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quæ jure consistit; aliam, quæ corpore; utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio, et taciturnitate firmatur: interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet* (6).

(1) D., XLI, 1, 40; id. 3, 4, § 9. XXII, 1, 2 — C. III, 32, 17 y 22. —C. III, 32, 22.
(2) *Inst.*, IV, 17, § 2.
(3) D., X, 1, 4, § 2; XXI, 1, 25, § 8;
(4) *Inst.* IV, 17, § 2, — C. VII, 51, 2.
(5) D., V, 3, 25, § 7.
(6) C., VII, 32, 10.

Así entendido, todo poseedor debe restituir con la cosa, no solamente los frutos percibidos (1), sino cuantos pudo percibir desde el momento en que se constituyó de mala fe (2); mas, para calcular cuántos pudo percibir, se tendrán en cuenta las circunstancias del dueño, nó las del poseedor. Por esto dice Papiniano: *Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset* (3); y aplicando esta doctrina Gayo á la devolucion de un esclavo, sostiene que con él deben entregarse cuantas herencias y legados hubieran por su medio llegado al poseedor despues de comenzado el juicio: *nec enim sufficit, corpus ipsum restitui; sed opus est; ut et causa rei restituatur: id est; ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset* (4).

Para la restitucion de la cosa y de los frutos existentes ejercitará el dueño la accion *reivindicatoria*: para indemnizarse de los frutos consumidos, la *condictio*, esto es, una accion personal (5).

El poseedor á su vez puede reclamar del dueño el abono de los gastos *necesarios*, y sacar los *útiles* sin perjudicar el estado anterior de la finca (6).

(c) El usufructuario.

§ 36. *Is, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficietur* (7), *quam si eos ipse perceperit. Et ideo, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad hæredem ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur.* (*Eadem fere et de colono dicuntur.*)

§ 37. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac et pilus* (8) *et lana: itaque agni et hædi et vituli et equli* (9) *statim naturali jure dominii sunt fructuarii. Partus vero ancillæ in fructu non est: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit.*

§ 38. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fetu fructuarius summittere debet (ut et Juliano visum est), et*

(1) D., XXII, 1, 25, pr. — C. III, 32, 17 y 22.
(2) *Inst.* IV, 17, § 2. — D., V, 3, 25, § 4; VI, 1, 33; XLII, 8, 10, § 20.—C. III. 31, 1: id. 32, 5; VII, 51, 2; VIII, 4, 4; X, 3, 1.
(3) D., VI, 1, 62, § 1.
(4) D., VI, 1, 20.
(5) D., X, 1, 4, § 2. — C., IV, 9, 3; IX, 32, 4.
(6) C. III, 32, 5.
(7) C. *efficitur.*
(8) C. *pili.*
(9) C. *et suculi.*

in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere debet, et quasi bonus paterfamilias (1).

El usufructuario ni es dueño de la cosa, ni tiene consideracion de tal como el poseedor de buena fe; por lo tanto, no hace suyos los frutos hasta que los percibe, es decir, hasta que toma posesion de ellos, segun el principio general de que es indispensable la tradicion para que se nos trasmita el dominio de una cosa ajena. Por esta razon dice el texto: *Non aliter fructuum dominus efficitur, quam si eos ipse perceperit* (2).

En comprobacion de esta doctrina, resuelve Paulo, adoptando el dictámen de Labeon (3), que si al morir el usufructuario dejase parte de la mies segada, perteneceria á su heredero, y la restante al dueño del campo; porque se entienden percibidos *spica aut fœno cæso, aut uva adempta, aut excusa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit.* Y contraponiéndole al poseedor de buena fe, añade con Juliano: *Fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit; bonæ fidei autem possessoris, mox, quam a solo separati sint* (4).

De la misma doctrina se infiere que si un extraño sustrae los frutos pendientes, aunque estén sazonados, el propietario, como dueño de esos frutos, podrá ejercitar la *condictio furtiva*; al paso que el usufructuario tendrá solamente la *actio furti*, porque le interesaba que no fueran sustraidos (5).

Tales son las aplicaciones de la regla general que consigna el § 36; pero esta regla tiene un caso de excepcion, que por no presentarle como tal el § 37, induce á confusion. Las crias de los animales pertenecen desde luego, *statim*, al usufructuario como al poseedor de buena fe (6).

La obligacion de reponer las cabezas ó las plantas, materia del § 38, es una de las varias que tiene el usufructuario: no pertenece á este lugar; y de todas ellas nos ocuparémos al tratar del usufructo en el Título IV inmediato.

(d) El colono.

Despues de consignar el § 36 que el usufructuario no hace suyos los frutos miéntras no los percibe, y por consecuencia no los trasmite á sus herederos aunque se hallen en disposicion de recolectarse, añade: *Eadem fere et de colono dicun-*

(1) C. *uti debet*.
(2) D., XXII, 1, 25, § 1.
(3) D., VI, 1, 78.
(4) D., VII, 4, 13.
(5) D., VII, 1, 12, § 5.
(6) D., XXII, 1, 28, pr.

tur. Cuando hayamos estudiado las materias de usufructo y arriendo, podrémos apreciar la diferente condicion jurídica del usufructuario y del colono. Por lo que respecta á la adquisicion de los frutos, hay entre ellos una semejanza y una diferencia. Consiste la primera en que, no reconociéndosele al colono ninguna clase de posesion jurídica, tampoco podía ser dueño de los frutos hasta que los percibiese (1). Diferéncianse á la vez en que el derecho del usufructuario para percibir los frutos no se trasmite á sus herederos, y sí el del colono.

5.° CASOS EN QUE SE PIERDE EL DOMINIO.

Consistiendo el dominio en que una persona tenga sometida á su voluntad por un título justo cierta cosa bajo el amparo de la ley, es consiguiente que la pérdida de este derecho provenga, ó de la voluntad del propietario, ó de la falta de título, ó del cambio que sufra la cosa, ó de una disposicion legal.

(A) *De la voluntad del propietario.*

1.° Si renuncia su derecho, bien dejando el objeto abandonado, *pro derelicto*, á merced del primer ocupante (2), bien manumitiendo á su esclavo (3).

2.° Si le trasfiere á otra persona, con tal que tenga facultad de enajenar, de cuya materia se ocupa el próximo Título VIII.

(B) *De la falta de título.*

Tiene lugar respecto al dominio revocable desde el momento en que se cumpla la condicion ó el plazo bajo los cuales fué aquél trasmitido.

(C) *Del cambio que sufra la cosa.*

1.° Cuando el objeto perece totalmente (4), ó se arruina la construccion levantada en la ribera del mar (pág. 245).

2.° Cuando la cosa pierde legalmente su aptitud para constituir propiedad individual; v. gr., huye el prisionero que teníamos en esclavitud (5), un rio público ó el mar ocupa nuestras posesiones (págs. 244 y 301); se da sepultura á un cadáver (págs. 247 y 249).

3.° Cuando los animales *fieros* recobran su libertad natural, y los *domesticados* pierden el *animum revertendi* (página 273).

(1) D., XXXIX, 5, 6; XLVII, 2, 61, § 8.
(2) *Inst.* II, 1, § 47.—D., XLI, 7.
(3) *Inst.*, II, 20, § 16.—D., XXX, 35.
(4) *Inst.*, II, 20, § 16.
(5) *Inst.*, II, 1, § 17.—D., XLI, 1, 7, p.

(D) *De una disposicion legal.*

1.° La ley priva del dominio al que sufre la capitisdiminucion *máxima* ó *media*, cuyos bienes eran confiscados (1); y no los recobra, aunque se le indulte de la pena, miéntras no consiga un rescripto imperial que se los conceda (2). La *mínima* producía igual efecto en beneficio del nuevo jefe doméstico, segun el derecho antiguo; pero nó en tiempo de Justiniano (pág. 117).

2.° Ante la imposibilidad de que una misma cosa pertenezca en dominio exclusivo á varias personas, la ley declara quién ha de ser propietario en los casos de accesion, especificacion, confusion, conmixtion y adquisicion de frutos que acabamos de exponer, y en el de prescripcion que constituye la materia del Título 6.° inmediato.

3.° Por una disposicion excepcional, el dueño se veía privado de reclamar su propiedad cuando de ella había dispuesto el Emperador ó la Emperatriz, debiendo limitarse á pedir indemnizacion (pág. 320).

TÍTULO II.

DE LAS COSAS INCORPORALES.

§ inicial. *Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales.*

§ 1. *Corporales hæ sunt, quæ sua natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles.*

§ 2. *Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quæ in jure consistunt: sicut hæreditas, usufructus* (3), *usus et obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex antiqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum jus hæreditatis, et ipsum jus utendi, fruendi, et ipsum jus obligationis, incorporale est. Eodem numero sunt jura prædiorum urbanorum et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.*

Con el fin de presentar reunidas las varias clases de cosas que el derecho distingue, hubimos de anticipar la division de *corporales* é *incorporales*. Referimos á la primera categoría

(1) D., XLVIII, 20, 1, pr.—C., IX, 49, 2 y 6.

(2) C. IX, 51.

(3) C. *ad usus.*

todos los *séres materiales* que afectan á nuestros sentidos; y á la segunda, los *derechos* (pág. 251): doctrina que comprueba el texto.

Clasificando luégo los derechos, los subdividimos en *personales* y *reales*, segun el objeto inmediato del derecho sea el hecho de otra persona ó un sér físico: manifestamos la diferencia que media entre ambos respecto á su naturaleza y ejercicio, y dejamos para el Título presente, consagrado á las cosas incorporales, la descripcion de unos y otros (págs. 258 á 260). Vamos, pues, á trazarla brevemente, ya que el texto se circunscribe á meras indicaciones y ejemplos.

(A) *Derechos personales.*

La facultad que atribuyen los derechos personales siempre es de la misma naturaleza; porque todos ellos consisten en poder exigir de otra persona una accion ú omision en provecho nuestro, sea que nos dé ó facilite determinado objeto, sea que ejecute ó se abstenga de ejecutar cierto hecho. Paulo describe la naturaleza de los derechos personales ú obligaciones con estas breves palabras: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum* (1). Pero si esencialmente es una siempre la relacion jurídica que producen las obligaciones, varía mucho ya por el hecho que las da nacimiento, ya por las múltiples combinaciones á que se prestan. La materia de obligaciones ocupa los diez y siete últimos Títulos del Libro tercero, y los cinco primeros del cuarto.

(B) *Derechos reales.*

Los derechos reales tienen de comun que todos ellos consisten en una relacion directa del hombre con las cosas; pero varía hasta el infinito la naturaleza de las facultades que confieren: son tantas cuantos los innumerables grados de poder que cabe ejerza el hombre sobre los séres de la naturaleza; desde la propiedad más absoluta hasta la más insignificante de sus fracciones. Prescindirémos del dominio, que ha sido ya objeto del Título anterior, y darémos á conocer los demas derechos calificados de reales; pero ántes consignarémos dos observaciones, que deben tenerse en cuenta al estudiar la legislacion romana acerca de este punto.

1.ª Parece natural que pudiendo el dueño traspasar á otro el conjunto de facultades que tiene sobre la cosa objeto de su propiedad, tenga igual libertad para transferir cualquiera de

(1) D., XLIV, 7, 3, pr.

ellas en particular, quedándose con las restantes; porque á quien se le permite lo más, debe permitírsele lo ménos. Sin embargo, los antiguos romanos creyeron que era muy diversa la trascendencia de ambas operaciones. Cuando el dueño se desprende de todas las facultades reunidas, la propiedad permanece completa en manos del adquirente: si la enajenacion es ó no ventajosa, sólo afecta al bienestar del que fué propietario. Mas cuando desmembra el dominio, segregando una de sus facultades, desnaturaliza la propiedad de la cosa; mengua su estimacion á los ojos de los demas hombres en mucho más de lo que pueda haber valido la facultad segregada; y en ello sufre un detrimento la fortuna pública. Por esto aparecen todavía en las Pandectas vestigios de una legislacion que procuraba mantener la integridad del dominio (1); y aunque despues se otorgó en principio libertad absoluta para desmembrarle, fué bajo la condicion de que redundase en ventaja de un tercero (2), y con otras precauciones que verémos en los respectivos tratados, y demuestran la prevencion con que fueron mirados los gravámenes perpétuos.

2.ª Esta materia, como todas, se desenvolvió históricamente, á medida que lo exigieron las circunstancias económicas del pueblo, y en la forma que consentía el carácter espiritualista que su derecho adquiere progresivamente. Cuando estudiemos por separado cada uno de los derechos reales, verémos en su orígen y desarrollo comprobada esta verdad: ahora basta que conozcamos su respectiva naturaleza, para formar idea de las cosas incorporales á que se refiere el Título.

(a) *Servidumbres.* El propietario y algunas veces la ley, gravan una cosa con la prestacion de ciertos servicios en provecho de persona que no es su dueño, ó de finca que pertenece á otro. El propietario de la cosa gravada continúa teniendo sobre ella el dominio, pero menoscabado por los servicios que debe prestar; de manera que no es una propiedad libre, sino una propiedad que sirve, sujeta á *servidumbre.* Estos servicios pueden ser tan varios como las ventajas que una cosa es capaz de prestar; por cuya razon, si queremos saber el alcance de una servidumbre, necesitamos que se nos diga el género de servicio convenido. Las leyes han dado un nombre especial á los más frecuentes en la práctica; y los Títulos inmediatos nos presentan su catálogo.

(b) *Enfitéusis.* En circunstancias normales, el dueño de una finca medianamente productiva, ó bien la utiliza por sí

(1) D., II, 14, 61.

(2) D., VIII, 1, 15; XXX, 114, § 14, etc.

mismo, ó la cede en arrendamiento; pero cuando las ventajas que proporciona son mezquinas, ya por las condiciones del terreno, ya por encontrarse la propiedad muy gravada, prefiere el dueño traspasarla definitivamente á otro, que se encargue de aprovecharla y le pague un cánon anual moderado. Aquí ya no se trata, como en la servidumbre, de que la cosa preste á un extraño servicios concretos: se ceden á éste todas las facultades del dominio, inclusa la de disponer con ciertas restricciones; ni la concesion se circunscribe á persona determinada, puesto que el concesionario puede traspasar la finca por cualquier título. segun expondrémos en el Título 24 del libro tercero. Hé aquí la *enfitéusis*.

(c) *Superficie*. Apareció la *superficie* por idénticos motivos que la enfitéusis. Cuando el propietario de un terreno calculó que no le era ventajoso construir sobre él ó retener lo ya construido, nació la idea de reservar para sí el dominio del suelo y traspasar á otro el derecho sobre lo que edificase de nuevo, ó de lo que se le entregaba ya edificado. El cedente continuaba siendo propietario del solar, y por consecuencia, segun los principios legales, se le consideraba dueño tambien de la construccion como accesoria del suelo; pero el cesionario por su parte ejercía ordinariamente sobre el mismo edificio todas las facultades que confiere el dominio miéntras duraba la concesion. Tal es la *superficie*, que examinarémos á continuacion de la enfitéusis.

(d) *Prenda* é *hipoteca*. Como la moralidad y solvencia del obligado pueden cambiar con el tiempo, se recurrió á la garantía real que no desaparece, sujetando al cumplimiento de la obligacion una cosa que ó bien se entregaba al acreedor *(prenda)*, ó bien continuaba poseyendo el mismo dueño *(hipoteca)*. Tanto en uno como en otro caso el que era propietario de la cosa obligada conservaba su dominio, por más que en la prenda renunciase la facultad de vindicar, supuesto que el acreedor retenía legítimamente aquélla en su poder. Mas en ambos casos trasfería condicionalmente al acreedor la facultad de vender la cosa donde quiera que se hallára, y cobrarse de su precio, si la obligacion no se cumplía, como verémos en el Título XIV del Libro III.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

I. DOCTRINA GENERAL DE SERVIDUMBRES.—1.° Definicion y naturaleza de la servidumbre.—2.° Principios comunes á toda servidumbre.—3.° Clases de servidumbres.

II. SERVIDUMBRES PREDIALES (objeto del título).—1.° Circunstancias necesarias para su establecimiento. —2.° Principales servidumbres rústicas.—3.° Principales servidumbres urbanas.—4.° Cómo se establecen las servidumbres prediales.—5.° Cómo se extinguen.

I.

DOCTRINA GENERAL DE SERVIDUMBRES.

1.° Definicion y naturaleza de la servidumbre.

Definimos la servidumbre: *El derecho real que se constituye gravando una cosa con la prestacion de servicios determinados en provecho exclusivo de persona que no es su dueño, ó de finca que corresponde á otro propietario* (1). Examinando los términos de la definicion comprenderémos la naturaleza de la servidumbre.

El derecho real. La voz servidumbre se emplea para designar, ora la facultad de aprovechar los servicios de una cosa ajena (derecho de servidumbre), ora el gravámen de prestarlos que sobre ella existe (la servidumbre misma). En la primera acepcion, la servidumbre es un derecho real, una relacion directa del hombre sobre la cosa gravada, que puede hacer valer contra cualquiera que posea el objeto, por medio de la accion *confesoria* (2). Tal es el concepto *activo* de la servidumbre.

(1) Ni las Instituciones ni el Digesto contienen una definicion general de la servidumbre. Pomponio escribe: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* D., VIII, 1, 15, § 1. En vista de este pasaje se ha definido comunmente la servidumbre *un derecho constituido en cosa ajena cuyo dueño tiene que sufrir ó no hacer algo en beneficio de otra persona ó de otra cosa;* pero esta definicion no conviene á sólo el definido, porque todo derecho real consiste en que el dueño sufra ó no haga. El jurisconsulto aplica á las servidumbres esta doctrina general, porque los demas derechos reales tienen objeto determinado y no hay peligro de que en ellos se quebrante el principio, al paso que en las servidumbres podría infringirse por los innumerables servicios que pueden proponerse.

Si de las leyes venimos á los escritores, hallamos en la mayoría de ellos un silencio que prueba la dificultad de formular una definicion satisfactoria de la servidumbre en general. Por nuestra parte, y con desconfianza, proponemos la que juzgamos más conducente á demostrar la naturaleza de la institucion.

(2) D., VIII, 3, 23, § 2; id. 4, 12; id. 5. 2; XVIII, 1, 67; XLI, 1, 20, § 1.—C. III, 34, 3.

Que se constituye. Los modos de establecerse la servidumbre varían segun la clase á que pertenezca; pero siempre es indispensable probar su constitucion y latitud, como verémos en seguida.

Gravando una cosa. Este es el concepto *pasivo* de la servidumbre; una carga, una desmembracion en la propiedad de la cosa sujeta á servidumbre, que pasa desmembrada á todos los poseedores (1): y decimos en general *cosa*, porque hay servidumbres que pueden constituirse indistintamente sobre objetos muebles é inmuebles.

Con la prestacion de servicios determinados. En esto difiere la servidumbre de la prenda é hipoteca, que son constituidas para garantía, no para que se sirva de ellas el acreedor. Añadimos que los servicios han de ser *determinados*, porque la enfitéusis y superficie se establecen igualmente en provecho del concesionario, pero es cediéndole *todas* las ventajas de la propiedad. Por lo demás, estos servicios pueden consistir, ó en que el dueño de la cosa *no haga* en ella lo que podría hacer, v. gr., que no levante más alto, ó en *sufrir* que otro haga lo que no podría sin la servidumbre, v. gr., que atraviese por la finca: si por el contrario, el dueño prometiese *hacer* cualquiera cosa por su parte, valdría el compromiso, pero no habría desmembracion de la propiedad, y naceria sólo una relacion personal; pues ya sabemos que los derechos reales no reconocen á ningun individuo especialmente obligado (2) (págs. 259 y 280).

En provecho exclusivo. Tambien se diferencia en esto la servidumbre de la hipoteca, prenda, enfitéusis y superficie, que pueden ser trasferidas por el adquirente, cuando el derecho de servidumbre es inseparable de la persona ó finca en cuyo favor se constituyó.

De persona que no es su dueño, ó de finca que corresponde á otro propietario. Con esto se expresan tres ideas cuyo desenvolvimiento verémos despues: 1.ª Solamente se deben al título de servidumbre las ventajas que se obtienen de cosa ajena. 2.ª A favor de cosas muebles no cabe constituir servidumbre. 3.ª Las servidumbres son ó *prediales* ó *personales*.

2.º PRINCIPIOS COMUNES Á TODA SERVIDUMBRE.

1.º La constitucion de la servidumbre no se presume; debe acreditarla el que pretende tener derecho á ella; porque

(1) D., XXXIX, 1, 5. § 9; XLI, 1. 20, § 1.—C. III. 33, 2.

(2) D., VIII, 1, 15, § 1; XVIII, 1, 81, § 1.

es una desmembracion de la propiedad, y ésta es completa miéntras no se pruebe lo contrario (1).

2.° Es nula toda servidumbre que se pretenda establecer, si no proporciona ventaja ó comodidad á tercero: *Quotiens nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas* (2). Sobre ser racional este principio, era lógico en un pueblo que miraba con disfavor los gravámenes de la propiedad.

3.° No cabe constituir servidumbre sobre una cosa propia ó en finca comun (3), ó entre dos fincas, de las cuales una sea propia y otra comun (4); *nulli enim res sua servit* (5), *nullum prædium ipsum sibi servire potest* (6). El dueño, pues, defenderá el ejercicio de sus derechos utilizando las acciones propias del dominio, mas nó las especiales que nacen de la servidumbre (7).

4.° El dueño del objeto gravado, no puede hacer cosa alguna que impida ó incomode el uso de la servidumbre (8), ni por tanto constituir nuevas servidumbres que perjudiquen á las ya constituidas (9), pero sí cuando puedan usarse todas á la vez (10). Debe además permitir en su fundo las obras necesarias para el establecimiento, conservacion y ejercicio de la servidumbre (11).

5.° El que tiene derecho de servidumbre debe á la vez ejercerle de la manera ménos onerosa para el objeto gravado (12): no puede establecer servidumbre sobre la que él tiene constituida á su favor (13), porque *servitus servitutis esse non potest* (14); pero sí ceder á otro el ejercicio de la servidumbre en los términos que luégo verémos.

6.° Las servidumbres son física y jurídicamente indivisibles, salvo la de usufructo; porque, consistiendo en un hecho que ha de proporcionar determinada ventaja, no existen cuando el hecho no es completo; v. gr., si el dueño de un campo nos concediese pasar solamente hasta la mitad de él, no tendríamos la mitad de la servidumbre de paso, puesto

(1) D., VIII, 5, 10, pr.—C. III, 34, 4, 6, 8 y 9.
(2) D., VIII, 1, 15, pr.; id. 2, 3; id. 5, 8, § 1; XLIII, 20, 3, pr.
(3) D., VIII, 4, 6, § 1.
(4) D., VIII, 1, 14, pr.
(5) D., VIII, 2, 26.
(6) D., VIII, 3, 33, § 1.
(7) D., VII, 6, 5.
(8) D., VIII, 2, 17, pr.; id. id., 20, § 6; id. 3, 13, § 1; id. id., 14, id. 5, 9.
(9) D., VII, 1, 15, § 7; VIII, 3, 14; XXXIX, 3, 8.
(10) D., VIII, 3, 2, § 1 y 2; id. 4, 15.
(11) D., VIII, 1, 10; id. 2, 20, § 1; id. 3, 3, § 3; id. 4, 11; XLIII, 19, 3, § 16; id. id. 4.
(12) D., VIII, 1, 9; id. 3, 24 y 29; XLIII, 19, 4, § 1; id. id. 5, § 1.
(13) D., VIII, 3, 33, § 17.
(14) D., XXXII, 2, 1.

que no podíamos llegar á nuestra finca. Esto no se opone á que se limite el uso de la servidumbre á sólo parte del predio dominante (1), ó á ciertas horas (2), ó á determinadas estaciones (3).

El carácter de indivisibles que tienen las servidumbres le muestra Ulpiano con estas palabras: *Per partes servitus imponi non potest, sed neque acquiri* (4). Este principio ejerce influencia en el número de personas que deben consentir para establecer la servidumbre, en la manera de constituirla, en los efectos de su constitucion, en su ejercicio y en su pérdida.

Personas que deben consentir. Una cosa, cuyo dominio pertenece á varios, no puede ser gravada con servidumbre sin que todos ellos consientan (5); ni puede establecerse á favor de una finca que pertenezca á varios sín igual requisito (6). Los condueños pueden dar su consentimiento á la vez, ó separadamente (7): en el segundo caso, los que han consentido quedan obligados desde luego (8); pero como el consentimiento del último confirma los demas, si ántes de consentir el último dueño, muere ó cede su parte uno de los que habían consentido, es ineficaz el consentimiento del último (9).

Manera de constituirla. Son nulos el contrato (10) y el legado (11) en que se imponga ó redima una servidumbre por partes, ó en que no se otorgue lo indispensable para el uso de la servidumbre, v. gr., si se concede el derecho de abrevar, pero negando el paso al sitio del agua (12).

Efectos. Estipulada una servidumbre, cada uno de los herederos del estipulante puede pedir el todo, y cada uno de los del promitente debe prestar el todo (13). Si se lega una servidumbre, cada uno de los herederos puede ser reconvenido por el todo (14); pero el heredero no deberá la servidumbre miéntras no se le indemnice de la parte que puede retener por razon de la cuarta falcidia, cuando procede su deduccion (15).

Ejercicio. Cuando son comunes los fundos á quienes se debe una servidumbre, cada uno de los dueños tiene derecho

(1) D., VIII, 1, 6.
(2) D., VIII, 1, 5, § 1.
(3) D., XLIII, 20, 5.
(4) D., VIII, 4, 6, § 1.
(5) D., VIII, 1, 2; id. 3, 34; XXXIX, 3, 10, pr.
(6) D., VIII, 3, 19 y 28; id. 4, 5.
(7) D., VIII, 3, 11; id. 4, 6, § 2.
(8) D., VIII, 3, 11.
(9) D., VIII, 4, 18.
(10) D., XLV, 1, 72.
(11) D., VII, 8, 19; VIII, 1, 11.
(12) D., VIII, 3, 3, § 3.
(13) D., VIII, 1, 17; X, 2, 25, § 9; XLV, 1, 2, § 2.
(14) D., XXXIII, 3, 7; XXXV, 2, 80, § 1.
(15) D., XXXV, 2, 7.

in solidum á ella (1). La sentencia favorable dictada á instancia de uno de ellos, favorece á los demas (2); pero si por su culpa perdiese el pleito, no perjudica á los condueños (3).

En todo caso, dividido el predio dominante, cada una de sus partes conserva el derecho de servidumbre (4).

Pérdida. Tampoco puede perderse por partes: ó se conserva toda la servidumbre, ó se pierde toda; *et magis est aut tota amittatur; aut tota retineatur*, dice Ulpiano (5). Se conserva, pues, la servidumbre aunque ocurra alguno de los casos siguientes: 1.° Que el dueño de la finca dominante adquiera parte en la finca sirviente, ó viceversa (6): 2.° Que renuncie su derecho uno de los condueños del predio dominante, ó acepte la renuncia uno de los del sirviente (7): 3.° Que la renuncie en parte el único á cuyo favor se halle constituida (8): 4.° Que sólo se use en parte; v. gr., si el que tiene derecho para regar todo su campo, se limita á regar cierta porcion del mismo (9).

3.° Clases de servidumbres.

La clasificacion de servidumbres que los romanos hacían nos la presenta Marciano en este breve pasaje: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usufructus: aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum et urbanorum* (10).

Segun esto, son todas las servidumbres ó *personales*, ó *prediales*, y éstas se subdividen en *rústicas* y *urbanas*.

(A) *Servidumbres personales y prediales.*

Personal, *personarum*, *hominis* (11), *personalis* (12), *es la que se constituye en provecho exclusivo de una persona determinada.* No porque reciba el nombre de *personal*, deja de ser un derecho real, puesto que se constituye privándose el propietario de una de las facultades que tenía sobre la cosa gravada; quiere darse á entender con aquel calificativo que el derecho de servidumbre es inherente al individuo, *cohærit personæ* (13), y no puede trasmitirse á otro.

Predial es *la constituida sobre una finca en provecho exclusivo de otra correspondiente á distinto propietario*, *abstrac-*

(1) D., VIII, 5, 6, § 4; XLIII, 27, 1 § 5.
(2) D., VIII, 5, 4, § 3.
(3) D., VIII, 5, 19.
(4) D., VIII, 3, 23, § 3; id, id., 25.
(5) D., VIII, 3, 18.
(6) D., VIII, 1, 8, § 1; id, 2, 30, § 1.
(7) D., VIII, 3, 34.
(8) D., XLI, 4, 13, § 1.
(9) D., VIII, 6, 2; id. id., 8, § 1; id. id., 9.
(10) D., VIII, 1, 1. — Las denominaciones de *afirmativas* y *negativas*, *continuas* y *discontinuas*, *aparentes* y *no aparentes*, fueron desconocidas por los romanos. Cuando expongamos los medios de adquirir y perderse las servidumbres, darémos á conocer las ventajas que estas distinciones proporcionan sobre el sistema romano.
(11) D., VIII, 3, 20, § 3.
(12) D., XXXIV, 3, 8, § 3.
(13) D., XXXIV, 3, 8, § 3.

cion hecha de su poseedor; de manera que la ejerce todo el que viene á ser dueño de ella.

Tal es la diferencia principal que media entre las servidumbres personales y prediales: debemos, sin embargo, hacer tres observaciones para evitar conceptos equivocados.

1.ª Los romanos aplicaron por excelencia el nombre de *servidumbres* á las prediales. El Digesto, el Código y las Instituciones tratan de ellas bajo el epígrafe *De servitutibus;* y en distintos Libros ó Títulos se ocupan de las personales sin calificarlas de servidumbres, aunque reconociendo que lo son (1).

2.ª Las servidumbres que figuran en el catálogo de prediales degeneran en personales cuando se constituyen, nó en provecho de un fundo, sino en el de una persona determinada (2).

3.ª Los casos que Justiniano presenta, ya de servidumbres prediales, ya de personales, debemos mirarlos como meros ejemplos de las más usuales; pero nada impide que el propietario imponga á su finca la prestacion de cualquier otro servicio no expresado en la ley.

(B) *Servidumbres rústicas y urbanas; servitutes rusticæ, servitutes urbanæ* (3).

Para demostrarnos cuáles servidumbres prediales corresponden á las rústicas y cuáles á las urbanas, emplea Justiniano en este Título el procedimiento de enumerar por separado las que pertenecen á cada clase; pero como pueden constituirse muchas más de las que expresa, era natural que se buscára un principio general por el cual se decidiese á qué categoría debían referirse los casos no previstos. Muchos son los criterios que al efecto se han propuesto: nosotros aceptamos el consignado por Paulo tan sutil y profundamente como suele hacerlo: *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt* (4). Siguiendo esta distincion, calificarémos de *rústica* toda servidumbre para cuya constitucion baste solamente la idea del suelo, cuya existencia y ejercicio no demande la idea de algo que sobre el suelo se coloque; y de *urbana* aquélla que supone necesariamente la idea de una superficie, de alguna construccion. En efecto, cuando luégo examinemos los catálogos de las Instituciones, verémos que para las incluidas entre las rústicas, v. gr., atravesar por una

(1) D., VII y VIII. — C., III, 33 y 34. — *Inst.* II, 2, 4 y 5.

(2) D., VIII, 2, 4 y 37; XXXIII, 3, 6; XLIII, 20, 1, § 43.

(3) D., VIII, 5, 1.

(4) D., VIII, 1, 3.

heredad ajena, conducir aguas, etc., no es parte alguna ningun género de construccion; y que, por el contrario, las urbanas, v. gr., edificar sobre la pared inmediata, no levantar más alto, no quitar las luces ó vistas, etc., suponen de necesidad una construccion realizada, ó por lo ménos la hipótesis de que se realice.

II.

Servidumbres prediales.

1.° Circunstancias necesarias para su establecimiento.

§ 3. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium; nec quisquam debere, nisi qui habet prædium.*

Para la constitucion de una servidumbre predial se necesita el concurso simultáneo de estas circunstancias:

1.ª Sólo puede concederse por el propietario de una cosa inmueble al que lo sea de otra inmueble asimismo, teniendo el primero capacidad para enajenar, y el segundo para adquirir (1). Si las cosas fuesen comunes, se necesita el consentimiento de todos los dueños, como dijimos al tratar de la indivisibilidad de las servidumbres.

La finca gravada con servidumbre se denomina *predio sirviente*, y su valor disminuye en cuanto suponen los servicios á cuya prestacion se la somete: *jus fundi deterius factum per dominum* (2). La finca, en cuyo provecho se constituye, recibe el nombre de *predio dominante*, y su valor aumenta por la nueva *cualidad* ventajosa que obtiene; *¿ quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?* pregunta Celso (3). Ulpiano describe la constitucion de estas servidumbres: *Cum quis, posteaquam jus suum deminuit alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem ædibus suis imposuit* (4). Tanto el gravámen del *sirviente*, como la ventaja del *dominante*, se trasmiten á todos los sucesores en las fincas miéntras la servidumbre no se extinga (5).

2.ª La prestacion de los servicios ha de tener por objeto

(1) D., VIII, 4, 1, § 1; id. id., 6 y 8; id. 6, 11, § 1; XXXV, 1, 105.
(2) D., L, 16, 126.
(3) D., L, 16, 86.
(4) D., XXXIX, 1, 5, § 9.
(5) D., VIII, 3, 23, § 2; id. 4, 12; XLI, 1, 20 § 1.

exclusivo mejorar las condiciones, ó satisfacer las necesidades del predio dominante, ó las de los ganados que se emplean para su cultivo (1). Si se establecen solamente en favor de su actual poseedor (2) ó en cuanto excedan de lo que el predio necesite, serán, cuando más, servidumbres personales (3).

3.ª La situacion topográfica de ambos fundos debe ser tal que haga posible el ejercicio de la servidumbre; circunstancia que los romanos daban á entender con la expresion de *fundum vicinum* (4). Pero esta vecindad no significa contigüidad, sino aptitud para utilizar los servicios en que consista la servidumbre: pondrémos algunos ejemplos.

Tratándose de servidumbres urbanas, no pueden establecerse entre dos casas que por su distancia, ó por haber un monte intermedio, no alcanzan á verse (5); ni la de vistas ó luces, si la una no es obstáculo á la otra (6). Puede constituirse la de no levantar más alto, aunque haya entre las dos fincas un terreno ó camino público (7) ú otros edificios, obteniéndola tambien de éstos (8) á la vez ó sucesivamente (9); porque, de lo contrario, los dueños de éstos podrían levantarlos y, miéntras permaneciesen elevados, tambien á la casa gravada podía dársela mayor altura (10).

En las rústicas, puede constituirse la de paso, aunque entre el dominante y sirviente haya otros predios, si sus dueños la conceden igualmente (11) ó un terreno ó camino público ó un rio vadeable (12).

4.ª Que exista *causa perpétua*. No quiere decir esto que se ejerza sin interrupcion la servidumbre, sino que las condiciones de las fincas se presten á que el ejercicio de la servidumbre pueda tener lugar naturalmente en cualquier tiempo, sin que se haga imposible su continuacion ni necesite actos del dueño de la finca sirviente. Así, por ejemplo, no es servidumbre la concesion de un acueducto para aprovechar las aguas de un lago, de un estanque (13) ó de una cisterna; *nam cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam: ex quo apparet, in his omnibus exigendum, ut viva aqua sit* (14); *nulla enim aqua dari potest, nisi quæ perennis est* (15). Por la

(1) D., VIII, 3, 3, pr.
(2) D., VIII, 1, 8, pr.
(3) D., VIII, 3, 5, § 1; id. id. 6, 24 y 29.
(4) D., VIII, 3, 5, § 1; XX, 1, 12.
(5) D., VIII, 2, 38.
(6) D., VIII, 1, 39.
(7) D., VIII, 2, 1, pr.
(8) D., VIII, 5, 4, § 8; id. id., 5.
(9) D., VIII, 4, 7, § 1.
(10) D., VIII, 5, 6.
(11) D., VIII, 4, 7, § 1.
(12) D., VIII, 2, 1; id. 3, 38; XXXIX, 3, 17, § 2 y 3.
(13) D., VIII, 2, 28.
(14) D., XLIII, 22, un. § 4.
(15) D., XLIII, 20, 1, § 5.

misma razon no constituía servidumbre el aprovechamiento de las aguas que la casa inmediata emplease para lavar su pavimento; *neque enim perpetuam causam habet quod manu fit* (1). Había, viceversa, causa perpétua en el aprovechamiento del agua pluvial; *at quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur* (2).

En la práctica debió mitigarse el rigor de este principio, cuando vemos que Paulo escribe sobre el mismo caso que hemos tomado como ejemplo: *Servitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet* (3). Cualquiera que sea el sentido de este fragmento, significa que la opinion era ménos exigente; lo cual se ve comprobado en la disposicion de Caracalla, que admite derecho de servidumbre sobre el agua que del rio extrae el dueño de la finca sirviente, á pesar de que supone un hecho por parte de éste (4). El principio se conservó, no obstante, porque es conforme á la naturaleza perpétua de la servidumbre: nadie seguramente calificaría de servidumbre la concesion que un propietario hiciera á su vecino de poder utilizar para su finca cierta porcion de materiales que las aguas hubiesen llevado al campo del primero.

5.ª No pueden constituirse á término ó bajo condicion. Esta regla se hallaba en perfecta armonía con el carácter absoluto y perpetuo de la propiedad, de la cual son simples desmembraciones las servidumbres, y tambien con los modos de constituirlas segun el derecho estrictamente romano, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, que no admitían semejantes modificaciones. Por esto, cuando las ideas y solemnidades cambiaron, el Pretor otorgó las excepciones *doli* ó *pacti* contra el que pretendía ejercer la servidumbre faltando á lo convenido. Papiniano consigna explícitamente esta doctrina: *Servitus ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui potest; sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti* (5). Mas el legado ó la promesa de una servidumbre podía ser condicional (6), como podía ser eventual el ejercicio de la servidumbre, v. gr., establecerse para el caso de

(1) D., VIII, 2, 28.
(2) D., VIII, 2, 28.
(3) D., VIII, 3, 9.
(4) D., VIII, 4, 2.
(5) D., VIII, 1, 4.
(6) D., XXXIII, 3, 3; XLV, 1, 98.

que un edificio se construyera (1), ó el agua fuese hallada (2).

2.° PRINCIPALES SERVIDUMBRES RÚSTICAS.

§ inicial. *Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi ambulandi hominis* (3), *non etiam jumentum agendi vel vehiculum; actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest, etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.*

§ 2. *In rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

A tres grupos pueden reducirse todas las servidumbres de esta clase que enumera el texto: de paso, de aguas, y de utilizar algunos productos ó ventajas.

(A) *Servidumbres de paso.*

Los interesados quedan en completa libertad de establecer las condiciones en que debe atravesarse por la heredad ajena (4); mas para cuando nada han pactado especialmente, ó descuidaron algun detalle, ó surge dificultad acerca de lo estipulado, la ley reglamenta esta servidumbre determinando los derechos que confiere, su extension y direccion, segun se haya constituido el *iter*, el *actus* ó la *via*. Debe advertirse que un mismo paso puede ser concedido á varios dueños junta ó separadamente (5).

(a) *Derechos que confiere la servidumbre de paso.*

El *iter—Jus eundi*, confiere el derecho de pasar por el fundo, bien á pié, á caballo (6), ó en silla ó litera (7). *Ambulandi*: no quiere decir que autorice al dueño del predio dominante para pasearse por mero esparcimiento, sino que tiene el derecho de libre circulacion, y no puede restringírsele el paso al número de veces que exija indispensablemente el cultivo de su finca. *Hominis:* nó porque sea una concesion hecha á persona determinada, sino para excluir la conduccion de toda clase de ganados ó carruajes; por eso termina diciendo: *non etiam jumentum agendi vel vehiculum* (8).

El *actus—Jus agendi vel jumentum vel vehiculum.* Así

(1) D., VIII, 2, 23, § 1.
(2) D., VIII, 3, 10; id. 5, 21.
(3) C. *homini.*
(4) D., VIII, 1, 4, § 1; id. 4, 14; id. 6, 11, etc.
(5) D., VIII, 4, 15; XLIII, 20, 4.
(6) D., VIII, 3, 12.
(7) D., VIII, 3, 7, pr.
(8) D., VIII, 3, 7, pr.

como el *iter* solamente autoriza para *atravesar* en la forma que hemos visto, el *actus* da un derecho más extenso, el de *conducir* ganados, *armenta*, y áun carruajes, *vehiculum*, *plaustrum* (1). Como lo más comprende lo ménos, dice Justiniano, siguiendo á Ulpiano (2), que quien tiene el *actus* tiene tambien el *iter*; pero el mismo Ulpiano reconoce posible que se tenga el *actus* sin el *iter* (3) por convenio de las partes. No se opone á esto el que Paulo diga: *qui actu legato iter adimat, nihil adimit; quia numquam actus sine itinere esse potest* (4); porque el jurisconsulto se refiere al *iter*, al paso de la persona que conduzca los ganados, sin cuya circunstancia el *actus* legado sería imposible: luego debe el testador ó revocar el legado del *actus*, ó dejar subsistente el *iter* indispensable para su ejercicio.

La *via—Jus eundi, et agendi, et ambulandi*. Esta definicion no da idea clara de los derechos que confiere la *via*, puesto que la hace consistir en tener á la vez el *iter* y el *actus*; pero como el *actus* ya contiene ordinariamente el *iter*, no marca la diferencia que existe entre el *actus* y la *via*: debemos, pues, buscarla en otras leyes. Despues de haber definido Paulo el *iter*, añade: *Qui actum habet, et plaustrum ducere et jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem aut tignum, neutri jus est... Qui viam habent, eundi agendique jus habent; plerique, et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat* (5). Distínguense por tanto el *actus* y la *via*: 1.º El *actus* no siempre comprende al *iter*; la via sí. 2.º El *actus* solamente nos faculta para conducir lo necesario al predio dominante; la *via* nos autoriza para todos los usos que no perjudiquen á los frutos del predio sirviente.

(b) *Anchura del paso.*

La extension del *iter* y del *actus* será la que los interesados hayan establecido, *quæ demonstrata est*, siempre que baste al ejercicio de la servidumbre construida; porque si han señalado una que no permita conducir ganados, será *iter*, nó *actus* (6). En defecto de convenio, se fijará por un árbitro (7). La ley no ha querido suplir el silencio de las partes con una disposicion general, porque la anchura que exigen estas dos servidumbres varía en cada caso segun las circunstancias especiales.

La extension de la *via* pueden tambien fijarla libremente

(1) D., VIII, 3, 7, pr.; id. id., 12.
(2) D., VIII, 3, 1, pr.
(3) D., VIII, 5, 4, § 1.
(4) D., XXXIV, 4, 1.
(5) D., VIII, 3, 7, pr.
(6) D, VIII, 1, 13.
(7) D. VIII, 3, 13, § 2.

los interesados; pero si no basta para el tránsito de carruajes, será *iter* ó *actus*, nó *via* (1). Cuando los particulares nada hayan prefijado, tendrá la anchura determinada por la ley (2), que es la de ocho piés en lo recto, *in porrectum*, y diez y seis en las vueltas, *in anfractum* (3). El legislador fija subsidiariamente la extension de la *via*, porque puede conocerse cuánta necesita un camino para todo genero de servicios.

(c) *Direccion del paso.*

Los dueños pueden marcar la que estimen oportuna; pero cuando no han concretado su voluntad, se suple la falta de expresion en los términos siguientes:

Si el paso se ha constituido sobre todo el fundo, nada puede hacer en éste su dueño que impida la servidumbre (4).

Si se ha designado un lugar, podrá pasarse por cualquiera parte de él (5).

Si únicamente se estableció la servidumbre sin marcar el sitio por donde debía usarse, corresponde la eleccion al dueño del predio dominante, con tal que se conduzca prudentemente, *civiliter; nam quædam in sermone tacite excipiuntur;* así no podrá intentar establecerla por la misma casa de campo, ni por medio de las viñas, cuando sea posible hacerlo por otra parte con igual comodidad para él y con ménos detrimento del fundo sirviente. En caso de suscitarse cuestiones, se resolverán por un árbitro. Una vez establecido el paso, no hay derecho para cambiarle en lo sucesivo (6).

Por último, si en el predio sirviente existiese un lago, puede atravesarse por él para llegar á la finca dominante, estableciendo la *servitus navigandi* (7).

(B) *Servidumbres de aguas.*

De cuatro servidumbres relativas á esta materia se ocupan las leyes romanas: *aquæductus*, *aquæ immittendæ*, *aquæ haustum*, y *pecoris ad aquam appulsum.*

(a) *Aquæductus*, *aquæ ducendæ*, *iter aquæ.* La servidumbre de acueducto es el derecho de conducir el agua por un fundo ajeno, bien proceda el agua de la misma finca sirviente ó de otro punto más lejano. Tambien puede constituirse esta servidumbre otorgando á la vez permiso para buscar el agua que todavía no aparece, y conducirla en caso de hallarla. Labeon repugnaba que pudiera establecerse la servi-

(1) D, VIII, 1, 13, id, 3, 23, pr.
(2) D., VIII, 3, 13, § 2.
(3) D., VIII, 3, 8.
(4) D., VIII, 3, 13, § 1.
(5) D., VIII, 3, 13, § 3.
(6) D., VIII, 1, 9; id. 3, 13, § 1 y 3.
(7) D., VIII, 3, 23, § 1.

dumbre de esta manera, porque sería condicional; pero ya hemos visto cuánto varió la opinion sobre este punto (1). No hay obstáculo en que se conceda junta ó separadamente á muchos el derecho de conducir el agua por el mismo acueducto (2), ya en diversos dias ú horas, ya en iguales si el agua es suficiente (3): tampoco le hay en otorgar á uno el agua *quotidiana* y á otro la *æstiva*, de modo que el primero la aproveche toda en invierno y la comparta en el verano con el segundo (4). Cuando no se ha determinado la cantidad de agua concedida, debe fijarse por la costumbre, nó por la necesidad del predio dominante, mucho más si el sirviente la necesita (5). Finalmente, no se permite constituir acueducto por el mismo lugar que se hubiera establecido la servidumbre de *paso*, ni viceversa (6).

El acueducto no puede ser construido de mampostería. Es, por el contrario, lícito conducir el agua por medio de tubos para evitar su pérdida, si no se ha pactado lo contrario (7); pero debiendo abonar los perjuicios que ocasione al dueño del predio sirviente este género de conduccion, responsabilidad que no tendría si condujera el agua por un arroyo *(rivus)* y causase daño por crecimientos extraordinarios (8). La direccion del acueducto está sometida á las mismas reglas que acabamos de exponer para las servidumbres de paso (9). Su prolongacion no puede exceder del terreno gravado, de suerte que si se concedió para llevar agua de un rio, y éste toma otra direccion, el acueducto no puede prolongarse hasta el rio, porque sobre el terreno que deja seco no se impuso servidumbre, por más que pertenecerá al mismo dueño que el gravado con ella (10).

El dueño de la finca dominante puede hacer en el acueducto las reparaciones necesarias; profundizarle ó elevarle, no habiendo pacto en contrario; y exigir que en ambos lados se le deje el espacio indispensable para llegar á él y depositar los materiales que obstruyan el curso del agua (11).

Por último, el agua concedida no puede utilizarse más que para el fundo ó la parte del fundo en cuyo provecho se estableció, sin que sea permitido cederla á un tercero (12); pero Ulpiano entiende que si el dueño del predio dominante

(1) D., VIII, 3, 10; id. 5, 21.
(2) D., XLIII, 20, 4.
(3) D., VIII, 3, 2, § 1 y 2.
(4) D., XLIII, 20, 5.
(5) C., III, 34, 6 y 12.
(6) D., VIII, 3, 14; XLIII, 20, 11.
(7) D., VIII, 3, 15; XLIII, 20, 17, § 1.
(8) D., VIII, 2, 18; id. 3, 20, § 1.
(9) D., VIII, 3, 21 y 26.
(10) D., XLIII, 20, 4.
(11) D., VIII, 4, 11, § 1; XLIII, 20, 3.
(12) D., VIII, 3, 24.

adquiriese un campo inmediato, podría utilizarla tambien para éste (1).

(b) *Aquæ immitendæ vel educendæ in fundum.* De la misma manera que la servidumbre *aquæ ducendæ* nos autoriza para traer á nuestro fundo aguas ajenas, ésta nos faculta para que las aguas sobrantes del nuestro tengan salida al predio inmediato. No mediando pacto expreso, la finca sirviente sólo está obligada á recibir las aguas que tengan su nacimiento en la finca misma dominante, nó las que vengan á ésta de otro punto (2).

(c) *Aquæ haustum*, *aquæ hauriendæ*, *ahustum*, es el derecho de tomar directamente, sin acueducto, el agua del fundo ajeno; puede otorgarse á muchos y en las mismas formas que hemos dicho respecto del acueducto (3).

El que tiene el *haustum*, tiene tambien el *iter ad hauriendum*, bien se le haya dado el *jus hauriendi* y *adeundi*, bien sólo el *hauriendi*, bien el *adeundi ad fontem.* Esto, cuando se refiere á una fuente privada; porque, tratándose de un rio público, puede concederse el *iter*, mas nó el *haustum*, en razon á que su uso es de todos (4).

Cuando este derecho se concede á todos los que sucedan en el dominio de la finca inmediata, constituye una servidumbre predial; y á este caso se refiere Pomponio al decir: *Hauriendi jus non hominis sed prædii est* (5). Nada impide, sin embargo, que pueda otorgarse en favor de una persona determinada, si bien degenerará entónces de su naturaleza ordinaria (6).

(d) *Pecoris ad aquam appulsum.* Confiere la facultad de abrevar los ganados en el predio ajeno. Lleva consigo implícitamente el *actus*, como el *aquæ haustum* el *iter;* porque sin el derecho de *conducir*, sería imposible utilizarla. Del mismo modo que el *haustum*, sólo será servidumbre predial cuando se establezca en favor de todos los que vengan á ser dueños del predio dominante (7).

Puede conducirse únicamente el número estipulado de cabezas: si fuese mayor, hay derecho para impedir la entrada á las que excedan, porque cabe separarlas; pero nó á todo el rebaño, como creía Trebasio, apoyándose en que formaban un conjunto (8).

(1) D., XLIII, 20, 1, § 16.
(2) D., VIII, 3, 29; id. 5, 8, § 5.
(3) D., VIII, 3, 2, § 1 y 2.
(4) D., VIII, 2, 10; id. 3, 3, § 3.
(5) D., VIII, 3. 20.
(6) D., XXXIV, 1, 14, § 3.
(7) D., VIII, 3, 4 y 6, § 1; XXXIV, 1, 14, § 3.
(8) D., XLIII, 20, 1, § 18.

(C) *Servidumbres de utilizar determinados productos ó ventajas.*

Pueden ser tantas como los objetos aprovechables que una finca contenga y las clases de servicios á que se presta. Enumerarémos las que con más frecuencia se mencionan en el Digesto.

Jus pascendi: el derecho de apacentar en el predio ajeno los animales que empleamos para cultivar el nuestro, ó aquéllos á cuya cria destinamos principalmente nuestra finca (1). *Jus lapidinis vel cretæ eximendi: arenæ fodiendæ; calcis coquendæ; silvæ cæduæ;* derecho de extraer del fundo piedra, creta, arena, cal ó estacas para nuestras viñas. Todos ellos constituyen servidumbres prediales si se establecen para el uso del fundo inmediato. Bajo esta precisa condicion se incluían en la misma categoría el derecho de trillar las mieses, de almacenar los frutos, y hasta de tener una cabaña (*tugurium*) en la finca vecina (2).

3.° Principales servidumbres urbanas.

§ 1. *Prædiorum urbanorum sunt servitutes, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt* (3). *Item prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ: ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; et ne alius tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiatur.*

Examinarémos las servidumbres que menciona el texto, é indicarémos despues algunas otras de entre las innumerables que pueden constituirse.

1.° *Ut onera vicini sustineat* (*oneris ferendi*). Derecho de edificar sobre una construccion vecina y de exigir á su dueño que la conserve en el estado que tenía al constituir la servidumbre. Por esta última circunstancia suele llamársela servidumbre *anómala*; pues, contra los principios generales, el propietario de la finca sirviente puede ser compelido á hacer. Paulo y Ulpiano nos dan á conocer cómo vino á sancionarse semejante doctrina. Una vez autorizados para construir sobre la pared inmediata, y siendo inevitable que más ó ménos tarde se hará necesario repararla, ó había de admitirse que

(1) D., VIII, 3, 3, pr.; id. id., 4.
(2) D., VIII, 3, 3, § 1 y 2; id. id., 5, § 1; id. id., 6.
(3) C., *stnt.*

nosotros costeáramos esta reparacion, ó que fuese cargo de su dueño. Ahora bien, no pareció justo lo primero, porque nos obligaría á reconstruir perpétuamente una pared ajena: hubo, pues, de optarse por lo segundo, que la pared fuera conservada por su propio dueño, tanto más cuanto era lógico que prestase la condicion indispensable para el uso de la servidumbre. Hé aquí la razon de insertarse al constituir esta servidumbre, para obviar dificultades, la cláusula *paries oneris ferundo, uti nunc est ita sit*; la cual no significa, dice Paulo, que la pared ha de ser siempre la misma, porque esto es imposible, sino que ha de conservarse del mismo modo para que soporte la servidumbre: esta cláusula concluyó por sobreentenderse, aunque no se hubiera expresado. No faltaron jurisconsultos que la estimaran contraria á la naturaleza de las servidumbres; prevaleció sin embargo el dictámen opuesto, por exigirlo así lo excepional de la *oneris ferendi*. Por lo demás, el dueño del predio afecto está obligado, no individualmente, sino en cuanto posee, *hæc autem actio, in rem, magis est, quam in personam;* y en su consecuencia puede eximirse de la obligacion, abandonando la pared (1). Esta accion corresponde sólo á los dueños de los predios dominantes contra los de los sirvientes; los primeros pueden ejercitarla *in solidum*, pero no puede intentarse contra los segundos solidariamente (2). La reparacion debe hacerse en la forma que se haya establecido, ó con mayor solidez, pero nó con ménos (3). Miéntras duran las obras de reparacion, debe el propietario de la finca dominante apuntalarla á su costa (4)

2.ª *Ut in parietem liceat tignum immittere (tigni immittendi)*. Se diferencia de la precedente: 1.° En que sólo nos autoriza para apoyar las vigas ú otros materiales de nuestro edificio en el inmediato (5); pues *tigni appellatione continetur omnis materia, ex qua ædificium constet* (6). 2.° En que no confiere derecho para obligar al dueño del sirviente á que repare su construccion (7), sin duda porque no es absolutamente indispensable para la existencia del dominante.

3.ª *Ut stillicidium vel flumen recipiat (stillicidii vel fluminis recipiendi, avertendi, immittendi)*. El derecho de que las aguas pluviales que caen sobre nuestro edificio viertan sobre el fundo ajeno, bien gota á gota (*stillicidium*), bien reunidas en una canal (*flumen*). El dueño del predio dominante

(1) D., VIII, 2, 33; id. 5, 6, § 2.
(2) D., VIII, 5, 6, § 3 y 4.
(3) D., VIII. 5, 6, § 5 y 7.
(4) D., VIII, 5, 8, pr.
(5) D., VIII, 5, 14, pr.; L, 16. 242, § 1.
(6) D, XLVII, 3, 1, § 1.
(7) D., VIII, 5, 8, § 2.

puede hacer todas las variaciones que mejoren la condicion del sirviente, v. gr., elevar ó retirar la caida de aguas; pero nó aquéllas que la empeoren, como rebajarla, prolongarla, cambiarla de sitio, etc. El dueño del sirviente podrá elevarle, mas conservando el *stillicidium* (1): si lo verifica con permiso del que tiene la servidumbre, se entiende perdida ésta (2).

4.ª *Ut stillicidium vel flumen non recipiat (stillicidii vel fluminis non recipiendi)*. Ni las Instituciones ni el Digesto dan á conocer esta servidumbre, que se limitan á nombrar sin definirla. Faltando textos legales, preferimos la explicacion de Teófilo, á quien debemos suponer versado en la legislacion de su país. Despues de poner este jurisconsulto un ejemplo de la servidumbre *stillicidii recipiendi*, continúa, *ó bien tienes tú sobre mi terreno un derecho semejante, y nos convenimos en que ya no verterás sobre mi casa ó mi terreno el agua de tu tejado ó de tus canales*. Segun esto, la servidumbre *stillicidii non recipiendi* consiste en el derecho de que el edificio inmediato no vierta sobre el nuestro las aguas pluviales, cuando ántes se hallaba sometido á recibirlas, bien porque se hubiera constituido la servidumbre por uno de los medios ordinarios, bien porque la impusiera un estatuto local en provecho recíproco de los edificios, de lo cual quedan todavía vestigios en el Código (3). Cierto es que en el dia vemos aquí, más que constitucion de servidumbre, una extincion de la que había, pero los romanos lo apreciaban de muy distinta manera; y por eso, cuando en un caso idéntico se libertaba el edificio de la servidumbre *altius non tollendi*, no ejercitaba su dueño la accion *negatoria*, sino la *confesoria*, la que compete á quien sostiene que le corresponde una servidumbre: *uti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi*, dicen las mismas Instituciones (4).

5.ª *Ne altius tollat (altius non tollendi)*. El derecho de impedir que el edificio gravado se eleve á mayor altura de la convenida (5). No veda esta servidumbre la colocacion de plantas sobre el edificio (6). Puede imponerse aunque entre las dos fincas existan construcciones ó terrenos en la forma

(1) D., VIII, 2, 20, § 3 y siguientes; id. id., 21.

(2) D., VIII, 6, 8, pr.

(3) C. VIII, 10, 1 y 12, § 1; id. id., 14, al fin.

(4) *Inst.* IV, 6, § 2.—D., VIII, 5, 2. Algunos opinan que esta servidumbre consistía en el derecho de prohibir que el edificio inmediato vierta las aguas pluviales fuera del nuestro, á quien conviene recibirlas. No aceptamos esta manera de ver, porque entendemos que se opone á la naturaleza general de las servidumbres y al nombre de la de que se trata.

(5) D., VIII, 5, 4, § 8.

(6) D., VIII, 2, 12.

que dijimos con otro motivo (pág. 343). Si en la finca sirviente hubiera alguna pared comun á otra finca no gravada, el condueño de esta pared puede elevarla cuanto guste; porque á él no le obliga la servidumbre, ni su condueño pudo gravarla por sí solo (1). Por último, en caso de suscitarse cuestiones sobre la altura que puede darse al edificio, se nombra un árbitro (2).

A la servidumbre contraria, *altius tollendi*, es aplicable lo dicho respecto de la *stillicidii non recipiendi*.

6.ª *Ne luminibus officiatur*. El derecho de impedir que el dueño vecino disminuya las luces de nuestra finca, bien elevando su edificio (3), bien poniendo otros objetos (4). Miéntras no disminuya las luces, no quebranta la servidumbre aunque nos prive del sol y nuestra finca pierda esta ventaja ; pero si tuviéramos una estufa ó azotea, no podrá quitarnos el sol. Todavía se estimó contrario á esta servidumbre el que por hacer desaparecer la construccion ó los árboles inmediatos, resultase incomodidad para nuestra finca con la refraccion de la luz (5). Pueden ser objeto de esta servidumbre, no sólo las luces que al presente gozamos, sino las que tengamos en lo venidero (6) : á falta de expresion, se entiende que hemos comprendido estas últimas cuando estipulamos simplemente *ne luminibus officiatur*, y que nos hemos referido sólo á las existentes cuando se ha convenido *lumina quæ nunc sunt, ut ita sint* (7).

El Digesto se ocupa de otras muchas servidumbres urbanas : hé aquí las más frecuentes :

Luminum. Derecho de utilizar las luces del predio vecino (8).

Prospectus ó *ne prospectui officiatur*. Derecho de impedir que en el predio gravado se haga nada capaz de minorar las vistas del nuestro (9).

Protegendi. Derecho de sacar el alero de nuestro tejado sobre el fundo inmediato (10).

Projiciendi. Derecho de construir en nuestro edificio algo que avance sobre el inmediato sin descansar en él; como balcones, galerías, etc. (11).

Finalmente, las que facultan para dar salida por la finca vecina á cuanto puede incomodar en la nuestra ; v. gr., el

(1) D., VIII, 2, 25, § 1.
(2) D., VIII, 2, 11, § 1.
(3) D., VIII, 2, 4.
(4) D., VIII, 2, 15.
(5) D., VIII, 2, 17, pr. y § 1 y 2.
(6) D., VIII, 2, 22.
(7) D., VIII, 2, 23.
(8) D., VIII, 3, 4 y 40.—C. III, 34, 8.
(9) D., VIII, 2, 3, 12, 15 y 16.
(10) D., VIII, 2, 1 y 2 : IX, 2, 29, § 1.
(11) *Inst.* IV, 6, § 2.—D., VIII, 2, 1 y 2; L, 16, 242.

humo, *fumi immittendi* (1), las inmundicias, *cloacæ mittendæ* (2), etc.

1.° Cómo se establecen las servidumbres prediales.

§ 4. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam in testamento quis hæredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat vel ut patiatur; eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere; vel ut patiatur, eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

Ante todo debemos notar que las servidumbres pueden constituirse, ó por via de *translatio,* ó por via de *deductio.* Consiste el primer procedimiento en gravar una finca, que se continúa poseyendo, á favor de otra vecina; y el segundo en reservarse el derecho de servidumbre sobre la finca que se transfiere, á favor de otra que se conserva.

Dos solos medios presenta el texto para constituir las servidumbres, el convenio y la última voluntad; pero debemos añadir la prescripcion, la ley y la adjudicacion.

(A) *El convenio.*—Tanto en este lugar como en el Título siguiente dice el Emperador que las servidumbres se establecen por pactos y estipulaciones, *pactionibus atque stipulationibus.* En los dos pasajes copió Triboniano desacertadamente á Gayo (3), sin fijarse en que el jurisconsulto no consigna una regla general, sino que se limita á un caso concreto y por las razones especiales que aduce. Recordemos ligerísimamente algunas ideas, y verémos que si en tiempo de Gayo pudo sentarse aquella doctrina, en el de Justiniano no tiene razon de ser.

Consistiendo las servidumbres en una desmembracion de la propiedad, natural es que la constitucion de aquéllas tenga la misma historia que el traspaso de ésta (págs. 283 y siguientes). Ahora bien; miéntras se conservó la diferencia entre los predios itálicos y provinciales, cuando habia de constituirse alguna servidumbre sobre los primeros, se usaba de los medios civiles, la *mancipatio* ó la *in jure cessio*, para la servidumbre rústica, porque era *res mancipi*, y sólo la *in jure cessio* para la urbana y personal, porque eran *res nec mancipi* (4). Cuando, por el contrario, se trataba de gravar con servidumbre predios provinciales, como no eran susceptibles de la *mancipatio* ni de la *in jure cessio*, se recu-

(1) D., VIII, 5, 8, § 5, 6 y 7.
(2) D., VIII, 1, 7; XLIII, 23, 1.
(3) Gayo, II, 31.—D., VII, 1, 3, pr.
(4) Gayo, II, 29.

rría al medio del *jus gentium*, á los convenios y tradicion (*pactionibus*), estipulándose (*stipulationibus*) á la vez una pena contra el que se negase á cumplir lo convenido; porque no cabía establecer verdadero derecho de servidumbre, supuesto que el poseedor de un predio provincial no tenía sobre éste verdadera propiedad, la cual pertenecía al César ó al pueblo (1).

Mas llegó el tiempo en que se igualó paulatinamente la condicion jurídica de los hombres y de las cosas; la ley reconocía derechos al extranjero; y la posesion de los predios provinciales fué llamada *dominium*, *proprietas*: desde entónces las servidumbres que sobre ellos se constituían mediante convenio y entrega, eran protegidas por el Pretor (2).

Finalmente, desconocidas la *mancipatio* y la *in jure cessio*; abolido el *nudum jus quiritium*; nivelados todos los súbditos del Imperio; destruida toda diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*, y entre los predios itálicos y provinciales; vinieron á establecerse las servidumbres por medio del *jus gentium*, el convenio y la tradicion. No se comprende, pues, cómo aparece en el texto una doctrina que sólo hicieron necesaria circunstancias históricas, y cuyos últimos recuerdos borró precisamente el mismo Justiniano.

En vista de estos precedentes, creemos que las palabras del texto *pactionibus atque stipulationibus* significan que para constituir las servidumbres por medio de convenio, necesita reunir éste las formalidades exigidas para ser válido, de lo cual nos ocuparémos en el tratado de *obligaciones*. Mas aunque el convenio sea perfectamente legal, no adquirirá el derecho real de servidumbre la persona en cuyo favor se constituya miéntras no se verifique la entrega del fundo ó comience á ejercitarle con la tolerancia del constituyente, segun la clase de servidumbre: tal es nuestra opinion á pesar de hallarse combatida por numerosos y distinguidos escritores. Nos apoyamos en los siguientes fundamentos históricos, racionales y legales: 1.° Desusados los antiguos modos *civiles* de trasmitir la propiedad, vinieron á ser reemplazados por el modo del *jus gentium*, que era la simple tradicion (pags. 285 y 318); luego necesariamente debió emplearse el mismo procedimiento para la constitucion de servidumbres que no son sino fracciones de la propiedad, y como tales, se establecían en lo antiguo con las mismas formalidades que ella, la *man-*

(1) GAYO, II, 31. (2) D., VI, 2, 11, § 1; VII, 4, 1, pr.; VIII, 3, 1, § 2.

cipatio y la *in jure cessio*. 2.º Siendo las servidumbres derechos reales, que podemos hacer respetar indistintamente á todo el que nos perturbe en su ejercicio, indispensable debe ser que todos puedan tener noticia de su establecimiento por medio de un acto que se realice públicamente; y es incomprensible que los mismos para quienes esta doctrina es evidente cuando se trata del dominio, la nieguen respecto á las servidumbres, que son igualmente derechos reales. 3.º El principio romano sobre esta materia le consignan Diocleciano y Maximiano diciendo: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum: non nudis pactis transferuntur* (1). Más concreto Paulo, escribe: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum,* AUT SERVITUTEM NOSTRAM FACIAT: *sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel præstandum* (2): y no cabe suponer que este pasaje se refiere solamente á la obligacion en la que se promete constituir una servidumbre; ya porque comprende los efectos de toda obligacion, ya porque Modestino declara terminantemente: *Si quis fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem* (3). De todo lo cual se infiere que el simple convenio produce sólo relacion jurídica personal entre los interesados que pueden obligarse recíprocamente á cumplir lo prometido, mas no un derecho real que pueda hacerse efectivo contra terceras personas: y esto mismo lo comprueban las leyes que no conceden ni los interdictos posesorios, ni la accion *Publiciana* al que no se halla en posesion de la servidumbre (4).

En este sentido hablan el texto y cuantas leyes declaran que las servidumbres *se constituyen por convenio;* y la prueba de que no suponen adquirido desde luego el derecho real, es que la misma locucion emplean para la servidumbre cuya prestacion ordena el testador á su heredero (legado *per damnationem)*, en cuyo caso nadie seguramente admite que ésta quede constituida desde luego por la cláusula testamentaria (5). Hay, es cierto, servidumbres que no se prestan á la entrega, como son las *negativas* y las que se constituyen por *deductio;* pero esto únicamente demuestra que el sistema de la tradicion es imperfecto, segun ya digimos, y que debe reemplazarse por otro aplicable á todo derecho real (6).

(1) C., II, 3, 20.
(2) D., XLIV, 7, 3, pr.
(3) D., VIII, 1, 11.
(4) D., VI, 2, 11, § 1; VIII, 1, 20; id. 3, 1, § 2.
(5) D., VII. 1, 3, pr.
(6) Esta es una de las muchas ventajas que proporcionan los Registros modernos.

(B) *La última voluntad.*

En su última voluntad puede constituir servidumbre el dueño de un fundo, bien legándole con la obligacion de prestar cierta servidumbre á favor de otro predio que deja á distinta persona *(deductio)*, bien disponiendo que una finca de la herencia ó del heredero esté sujeta á determinada servidumbre en provecho de otra finca que pertenece al legatario *(translatio)* (1). Cuando en el Título XX de este Libro estudiemos la materia de *legados*, verémos las diferentes formas que para legar se conocieron, los objetos á que se aplicaba cada una de ellas y los diversos efectos que producian.

(C) *La prescripcion.*

En el Titulo VI inmediato expondrémos las razones que el legislador ha tenido en cuenta para establecer que el poseedor de una cosa adquiera su dominio cuando sin interrupcion la posee durante cierto número de años y con las circunstancias que la ley marca. El derecho romano anduvo vacilante sobre aplicar esta doctrina á las servidumbres: hé aquí su historia.

En los primeros siglos debió admitirse la usucapion de las servidumbres; pero ignoramos la extension con que lo fué; porque una ley *Scribonia*, que se supone dictada al principio del Imperio, abolió este medio de adquirir las servidumbres (2), y por consecuencia no quedaron vestigios de la legislacion primitiva. Dos son los motivos en que se fundaba esta abolicion, segun Paulo y Ulpiano: 1.° Que la servidumbre, como cosa incorporal, no es susceptible de verdadera posesion: 2.° Que áun en su ejercicio no presenta ordinariamente el carácter de continuidad que ofrece la posesion de los objetos corporales. La primera circunstancia concurría en todas las servidumbres: la segunda en las rústicas y personales (3). Desde entónces se profesó como principio general que las servidumbres no se adquirían *per se*, es decir, separadamente, por medio de la usucapion, sino tan sólo cuando se usucapiera la finca dominante (4).

A pesar de esta doctrina, los magistrados y los emperadores reconocen indispensable amparar el ejercicio de las servidumbres, por más que no se hayan adquirido segun el derecho estricto, cuando se han ejercitado *diuturno usu, longa quasi possessione, longi temporis consuetudine*, no sólo contra el dueño del predio sirviente, sino contra todo el

(1) D., VIII, 1, 5. pr.; id, 2, 31; id. 4, 16.
(2) D., XLI, 3, 4, § 29.
(3) D., VIII, 1, 14, pr.; XLI, 1, 43' § 1; id. 3, 10, § 1.
(4) D., XLI, 3, 10, § 1; id. id., 44, § 5.

que impida su uso (1). Esta divergencia entre la teoría y la práctica se comprende fácilmente. Por una parte, debió sentirse la necesidad de proteger todo estado posesorio (pág. 264): por otra, la disposicion de la ley *Scribonia* no se extendía á los predios provinciales, porque respecto de ellos no había *usucapio*, sino *longi temporis præscriptio*, la cual, bien que no confiriera el derecho de servidumbre *jure civili*, era título bastante para que el Pretor la hiciese respetar; y en ésta como en tantas otras instituciones, el *jus gentium* iba sobreponiéndose al *jus civile*.

Llegó por fin la época de Justiniano; consuma la igualdad de derecho para todo el Imperio, y refunde en una la usucapion y la prescripcion. A contar de esta fecha, las servidumbres pueden adquirirse por medio del uso, con tal que concurran las circunstancias siguientes:

1.ª Posesion, ó llámese *cuasi-posesion*, que consiste en el ejercicio de la servidumbre. Como toda posesion (pág. 262), requiere la intencion de ejercitar un derecho propio (2), siendo indiferente por lo demás que le use él mismo ó en su nombre cualquiera otra persona (3).

2.ª Que la posesion no se haya adquirido *nec vi, nec clam, nec præcario* (4), sino por voluntad ó á lo ménos con aquiescencia del poseedor de la finca sirviente (5).

3.ª Que se posea de buena fe. Aunque no exista disposicion que exprese literalmente esta circunstancia, de hecho se suponía cuando dice Ulpiano, tratando de la servidumbre de acueducto: *Si tamem jure ducere se putavit; cum non in jure sed in facto erravit... qui se putat suo jure uti: non eum, qui scit se nullum jus habere, et utitur* (6).

4.ª Que se continúe poseyendo sin interrupcion (7) durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y á veces treinta ó cuarenta en la forma y para los casos que dirémos al tratar de la *prescripcion* (8).

(1) D., VIII, 5, 10; XXXIX, 3, 1, § 23; id. id., 26; XLIII, 19, 5, § 3.—C. III, 34, 1 y 2.

(2) D., VIII, 6, 25; XLIII, 19, 1, § 6; id. id. 7; id. 20, 1, § 19.

(3) D., XLIII, 19, 1, § 7; id. id. 3 § 4.

(4) D., VIII, 5, 10; XXXIX, 3, 1, § 23; XLIII, 20, 1, § 10.—C. III, 4, 1.

(5) C. III, 34, 2.

(6) D., XLIII, 20, 1 § 10 y 19.

(7) C. III, 34, 2; VII, 32, 10.

(8) C. VII, 33, 12.—V. C. II, 41, 5 y Nov, CXXXII, cap. 6.°—En algunos pasajes se habla de la posesion inmemorial; pero ni vemos que se mencione como circunstancia indispensable, ni creemos que pueda exigirse en ningun caso despues de las reformas de Justiniano D., XII, 3, 28, pr.; XXXIX, 3, 2, § 1; XLIII, 20, 3, § 4.

Las alternativas que se observan en el derecho romano aceptando y rechazando sucesivamente la prescripcion para las servidumbres dimanan de que unas son susceptibles de adquirirse por el solo uso, y otras no. Los jurisconsultos vislumbraron esta diferencia, pero no llegaron á determinarla. Los moder-

(D) *La ley.*

No creemos que merezcan el nombre de *servidumbres legales* las restricciones que el legislador pone al ejercicio del dominio, reseñadas al tratar de este derecho (pág. 278), porque no somete la propiedad á servicios en favor de personas extrañas, y únicamente prohibe lo que es indispensable para armonizar los derechos de todos, aquello de que se abstendría un dueño de buena fe. Ulpiano, sin embargo, nos habla de un caso en que la ley autorizaba para exigir la servidumbre de *iter* en favor del que no tuviera paso á un sepulcro propio, debiendo consultar el juez el menor daño del predio é indemnizando á su dueño el concesionario (1); y Javoleno consigna la obligacion de prestar la *via* el dueño de una heredad inmediata al camino público cuando éste se arruina (2).

(E) *La adjudicacion.*

En los juicios divisorios tenía el juez facultades muy amplias, miéntras se hallase pendiente la adjudicacion. Podía constituir servidumbres en favor del copartícipe sobre las fincas comprendidas en la particion (3), nó sobre las que fueran extrañas á ella (4); y hasta le era permitido adjudicar la propiedad á uno de ellos y el usufructo á otro (5).

5.° CÓMO SE EXTINGUEN.

Las servidumbres prediales se extinguen en los casos siguientes: 1.° Renuncia por parte del que la tiene constituida á su favor. 2.° Cumplimiento del término ó de la condicion bajo que fué constituida. 3.° Revocacion de los derechos del constituyente. 4.° Destruccion del predio dominante. 5.° Destruccion del predio sirviente. 6.° Confusion. 7.° No uso ó prescripcion extintiva.

(A) *Renuncia.*

La renuncia que un dueño hace de su propiedad convierte la cosa en *nullius*; pero la renuncia de la servidumbre envuelve una enajenacion en favor del propietario de la finca sirviente, cuyo derecho se halla desde entónces libre de la

nos la formulan con claridad: dividen las servidumbres en *aparentes* y *no aparentes*, segun que presenten ó no signos exteriores de su existencia: y en *continuas* y *discontinuas*, segun que su ejercicio sea incesante, ó necesiten por el contrario hechos actuales del hombre. Clasificadas así, la mera posesion por cierto tiempo es bastante para adquirir las que reunen el doble carácter de continuas y aparentes; mas para adquirir las que carecen de una de estas dos circunstancias, exigen título, sin que baste la sola posesion.

(1) D., XI, 7, 12, pr.

(2) D., VIII, 6, 14, § 1.

(3) D., X, 2, 22, § 3; id. 3, 7, § 1.

(4) D., X. 3, 18.

(5) D., VII, 1, 6, § 1; X, 2, 16, § 1 y 2; id. 3, 6, § 10.

restriccion en que consistía la servidumbre (1). Bajo tal concepto exigía el derecho antiguo las mismas solemnidades para la renuncia que para la constitucion de las servidumbres, ó sea, en las rústicas la *remancipatio* ó la *in jure cessio*, y sólo esta última en las urbanas (2). Abolidos estos procedimientos, la renuncia pudo hacerse, bien expresamente, bien por hechos que acrediten sin género alguno de duda la intencion de renunciar; v. gr., si permito edificar en el área sobre la cual tenía la servidumbre *stillicidii recipiendi*, ó hacer algo que obstruya el paso en la de *iter* (3). Pero la renuncia como la constitucion, se interpreta estrictamente: así, por ejemplo, cuando se tienen dos clases de servidumbre sobre el mismo predio y sólo se renuncia una de ellas, no se entiende comprendida la otra, por muy relacionadas que estuviesen; como, las *stillicidii recipiendi* y *altius non tollendi* (4). Debemos tambien recordar que si la servidumbre pertenece á varios, la renuncia necesita ser hecha por todos ellos; pues la servidumbre es indivisible (5).

(B) *Cumplimiento del término ó de la condicion.*

Aunque, segun el derecho estricto, la constitucion de las servidumbres prediales no podía someterse á término ó condicion, el Pretor hacía respetar lo convenido por medio de la excepcion *pacti ó doli* (6): quedaron, pues, equiparadas en este punto á las personales, y se extinguían, como dirémos de éstas, apénas terminaba el plazo por el que se hubieran establecido, ó se realizara el acontecimiento que, en forma de condicion resolutoria, se hubiera prefijado.

(C) *Revocacion de los derechos del constituyente.*

Cuando el que constituye la servidumbre sobre su finca tiene solamente en ella un dominio revocable (pág. 282), todos los gravámenes que imponga serán tambien revocables necesariamente; pero subsistirán los que á favor de la misma finca se hubiesen establecido ántes de la revocacion (7). Por idéntico motivo, los gravámenes que el enfiteuta y el superficiario imponen, se extinguen cuando terminan sus derechos (8).

(D) *Destruccion del predio dominante.*

Siendo indispensable la existencia de dos predios para que haya servidumbre predial, se extinguirá ésta cuando uno de

(1) D., VIII, 1, 14, § 1; id. 3, 20, pr.; id. 4, 17.
(2) Gayo, II, 29.—Paulo, III, 6, 28 y 32.
(3) D. III, 6, 8, pr.
(4) D., VIII, 2, 21; id. 3, 20, pr.
(5) D., VIII, 2, 32; id. 3, 34, pr.
(6) D., VIII, 1, 4, pr.
(7) D., VIII, 6, 11, § 1.
(8) D., XX, 1, 31.

aquéllos perece. Sin embargo, no concluye para siempre. Restablecido el dominante en la misma forma que tenía, v. gr., levantado de nuevo el edificio, renace la servidumbre, siempre que esto se verifique ántes de completarse el tiempo por el cual verémos que se pierden las servidumbres no usándolas (1).

(E) *Destruccion del predio sirviente.*

No sólo se extingue la servidumbre cuando el predio sirviente desaparece en totalidad, por la razon que hemos dicho, sino tambien cuando sufre un cambio tal que constituye impedimento para el ejercicio de aquella; pero revive la servidumbre tan luego como el fundo se rehabilita (2), si esto sucede ántes de transcurrir el plazo marcado para perderla por no uso (3); y áun despues de él, si no se repara por voluntad de su dueño (4). Paulo cita un rescripto por el cual se decidió lo que ya Papiniano juzgaba cuestionable, á saber, que si una fuente se agota y vuelve á manar despues del tiempo señalado para extinguirse las servidumbres por no uso, continúa el derecho (5).

(F) *Confusion.*

Se verifica cuando las fincas sirviente y dominante vienen á ser propiedad de una misma persona (6). Extingue la servidumbre, porque nadie puede tenerla sobre cosa propia: *nemo ipse sibi servitutem debet* (7); y no renace aunque uno de los predios sea despues enajenado, á no imponerla de nuevo expresamente (8). Mas para que las servidumbres se extingan por la confusion, es necesario: 1.° Que sea *total*; por eso no basta al efecto que el dueño del fundo sirviente adquiera parte del dominante, ó viceversa (9). 2.° Que sea *permanente*, sin que baste la transitoria ó accidental; v. gr., aunque en manos del heredero se confunden todos los bienes de la herencia por la adicion, no se extinguen las servidumbres que median entre los predios legados y los hereditarios (10); aunque la dote pase al dominio del marido, se conservan las servidumbres existentes entre los predios dotales y los del marido (11).

(G) *No uso ó prescripcion extintiva.*

Los seis modos anteriores de extinguirse las servidum-

(1) D., VIII. 2, 20, § 2.
(2) D., VIII, 2, 31.
(3) D., VIII, 6, 14, pr.
(4) D., VIII, 6, 18, § 2.
(5) D., VIII, 3, 34 y 35.
(6) D., VIII, 6, 1.
(7) D., VIII, 4, 10.
(8) D., VIII, 2, 30, pr.; id. 4, 10.
(9) D., VIII, 2, 30, § 1; id. 3, 27 y 34.
(10) D., VIII, 1. 18; id. 4, 9; XXX, 116. § 4.
(11) D., XXIII, 5, 7, § 1.

bres se aplican indistintamente á todas las prediales, bien sean rústicas ó urbanas; pero cuando se trata de su extincion por no haberlas ejercitado durante el período legal, es distinta la condicion de unas y otras. Las rústicas se pierden por el *simple no uso* del dueño de la finca dominante, aunque el de la sirviente ningun acto ejecute contrario á la servidumbre; mas para perder las urbanas se necesita que el dueño del predio sirviente adquiera por *prescripcion* la libertad de éste, ejecutando algo que impida el uso de la servidumbre. Fúndase la diferencia en que las rústicas atribuyen un *jus faciendi*, consisten en que el dueño del fundo dominante practique algun acto, v. gr., el *iter:* y por consecuencia se pierden si durante mucho tiempo no lo practica: las urbanas, viceversa, confieren ya un *jus habendi*, como la *tigni immittendi;* ya un *jus prohibendi*, como la *altius non tollendi;* por consiguiente su uso continúa sin interrupcion miéntras el dueño del sirviente no ejecuta hechos que lo impidan.

Esta doctrina era inconcusa en tiempo de los jurisconsultos clásicos: despues verémos si rige en la época de Justiniano. Dice Gayo: Las servidumbres urbanas perecen tambien por el no uso como las rústicas; pero hay la diferencia de que no perecen absolutamente por el no uso, sino cuando al mismo tiempo el vecino usucape la libertad; v. gr., si tu casa debe á la mia la servidumbre de no levantar más alto ó de no privarme de las luces, aunque yo por el tiempo establecido tenga cerradas las ventanas, no pierdo la servidumbre, á no ser que tú, durante ese mismo tiempo, hubieres levantado tu edificio; en otro caso, si tú nada haces, conservo la servidumbre. Si tengo la *tigni immittendi*, y yo arranco las vigas, perderé la servidumbre si tú cierras los huecos que aquéllas ocupaban; pero si nada haces de nuevo, la conservo (1). Paulo, á su vez, escribe: Puede usucapirse la libertad de las servidumbres, porque la usucapion que abolió la ley Scribonia fué aquella por la que se constituian, nó aquella que daba la libertad extinguiendo la servidumbre. Si pues te debo la servidumbre de no levantar más alto, y por el tiempo establecido conservo la mayor altura que he dado á mi edificio, queda extinguida la servidumbre (2). Veamos ahora ciertos detalles referentes á la prescripcion extintiva, al no uso, y al tiempo señalado para aquélla y éste.

(a) *Prescripcion extintiva.*

1.° Para la prescripcion *adquisitiva*, inclusa la de servi-

(1) D., VIII, 2, 6.

(2) D., XLI, 3, 4, § 29.

dumbres, se necesita buena fe de parte del que prescribe, segun indicamos anteriormente; mas para la *extintiva*, creemos que no es indispensable: porque ni en los fragmentos trascritos de Gayo y Paulo, ni en otro alguno, se exige ó presupone. 2.° Porque las servidumbres se pierden por el simple no uso durante el plazo señalado, lo cual ocurre siempre que el dueño de la finca dominante deja que se consume la prescripcion.

2.° El dueño del predio sirviente no prescribe la libertad de éste cuando impide el uso de la servidumbre con actos negativos; v. gr., si me pertenece la *tigni immittendi* y el vecino deja de levantar la casa gravada durante el plazo marcado para prescribir (1).

3.° Aunque ejecute un acto positivo contrario á la servidumbre, si lo verifica á título de *precario*, tampoco prescribe la libertad respecto del que le otorgó el permiso, por más que prescriba contra un tercero que no le autorizó y á quien debía servidumbre de igual género (2).

(b) *No uso.*

1.° La pérdida por el *no uso* supone que la servidumbre está ya constituida. Si te vendiera, dice Pomponio, parte de mi fundo bajo condicion de que por esa parte habia yo de conducir el agua á la parte del campo que me quedaba, y trascurriese el plazo legal ántes de establecer yo el acueducto, no pierdo yo mi derecho, porque no hubo conduccion del agua; pero si ya hice el acueducto y no le usé, le pierdo (3).

2.° Para que haya *no uso* se necesita que ni el dueño de la finca dominante haya ejercitado la servidumbre á título de derecho, ni otra persona alguna en nombre de aquél (4); como un representante, usufructuario, poseedor de buena ó mala fe, trabajador, huésped ó amigo (5).

3.° Como la servidumbre es indivisible, el uso que haga de ella uno de los condueños, ó la circunstancia de que contra uno de los mismos no corra la prescripcion, la conserva para los demas (6); pero han de ser condueños del fundo á que se deba la servidumbre, porque si ésta es comun para fundos de distintos propietarios, v. gr., un acueducto para varios campos, el que no la usa, la pierde, sin que acrezca á los otros; y únicamente liberta en parte al predio sirviente (7).

(1) D., VIII, 6, 18, § 2.
(2) D., VIII, 2, 32, pr.; id. 4, 17.
(3) D., VIII, 6, 19, pr.
(4) D., VIII, 6, 6; id. id., 22 y 25; XLIII, 19, 3, § 4.
(5) D., VIII, 6, 5, 20, 21 y 24.
(6) D., VIII, 6, 5, 6 y 10.
(7) D., VIII, 6, 16.

4.° Por el mismo principio de indivisibilidad, basta para conservar una servidumbre ejercitarla parcialmente: v. gr., que use del *iter* el que tiene el *iter* y *actus*, para conservar el *actus* (1): ó que use del *iter* sobre un campo cuando le tiene sobre varios (2); ó que lleve el agua á parte del campo aunque no la conduzca al último límite de él (3). Mas sobre el uso parcial de las servidumbres debemos hacer dos observaciones: 1.ª Que ha de recaer sobre lo que constituye la esencia de la servidumbre, nó sobre lo que es accesorio: por esto, si el que tiene el *haustum*, no hace más que ir á la fuente sin sacar el agua, pierde el *haustum* y el *iter* (4). 2.ª Cuando los servicios en que consiste la servidumbre han sido otorgados en actos separados, el uso de uno de ellos no conserva los demas, porque se reputan diferentes servidumbres: si primeramente, dice Paulo, se me ha concedido el agua nocturna, despues, por otra concesion, la diurna, y durante el tiempo señalado he usado sólo de la nocturna, pierdo la servidumbre de la diurna, *quia hoc casu, plures sunt servitutes diversarum causarum* (5).

5.° El que ejercita la servidumbre de un modo diferente del marcado en su constitucion, la pierde; v. gr., usa de otra agua de la concedida (6) ó la usa en horas distintas de las establecidas (7); si bien podrá resultar que adquiera una nueva servidumbre por la prescripcion. Viceversa, no se pierde la servidumbre cuando se usa con mayor latitud; por ejemplo, atraviesa con mayor carga, conduce más ganado de lo que se concedió, etc., (8).

6.° El *no uso* extingue las servidumbres aunque proceda de ignorancia: v. gr., no sepa el legatario que se le ha dejado una servidumbre (9). Las termina igualmente, bien provenga de imposibilidad física, como, si el rio ocupa un campo sobre el cual tengo el derecho de paso, ó si entre dos casas alza un tercero la suya de manera que aquéllas ya no puedan deberse la *altius non tollendi*; bien de haber sido despojado por la fuerza: sin embargo, en estos casos puede obligarse á restablecer la servidumbre cuando desaparezca el obstáculo (10).

(c) *Plazo.*

Antes de Justiniano se perdían las servidumbres cuando

(1) D., VIII, 6, 2.
(2) D., VIII, 3, 18; id. 6, 8, § 1.
(3) D., VIII, 6, 9.
(4) D., VIII, 6, 17.
(5) D., XXXIX, 3, 17, pr.
(6) D., VIII, 6, 18, pr.
(7) D., VIII, 6, 10, § 1.
(8) D., VIII, 6. 11, pr.
(9) D., VIII, 6, 19, § 1.
(10) D., VIII, 5, 6, pr.; id. 6, 14, pr.; XLI, 3, 4, § 27; XLIII, 16, 9, § 1; id. id. 10 y 11.

no se ejercitaban durante dos años seguidos (1). En el caso de que no fuera permitido usar la servidumbre más que en cierto mes ó estacion del año, ó en meses ó años alternos, se duplicaba el tiempo; pero si podía usarse en dias alternos ó diariamente, aunque fuese en horas determinadas, se extinguían por el plazo comun de los dos años (2).

Justiniano prolongó este período á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes para todas las servidumbres (3). Más tarde exceptuó de esta regla la servidumbre cuyo uso no fuera permitido sino un solo dia en cada quinquenio, la cual no se extinguiría hasta pasados veinte años sin usarla (4). Infiérese, por último, de sus constituciones (5) que cuando se trate de bienes no sujetos, como verémos, á la prescripcion ordinaria, se necesitaría el trascurso de treinta ó cuarenta años respectivamente.

Tales son las únicas innovaciones que juzgamos se propuso hacer el Emperador en esta materia, conservando por lo demas toda la doctrina expuesta anteriormente; pero los modernos escritores se hallan muy divididos sobre la inteligencia de las reformas de Justiniano. Para unos, declaró innecesaria la prescripcion extintiva, sancionando como bastante el simple no uso para extinguir todas las servidumbres indistintamente: para otros, hizo todo lo contrario; abolió el no uso y quiso que sólo se perdieran las servidumbres por la prescripcion extintiva. No debemos extrañar pareceres tan opuestos, porque á todo se prestan las leyes de Justiniano que vamos á reseñar.

En 530 dictó una constitucion en la cual declara que el usufructo no se pierde por el no uso, sino únicamente por la muerte del usufructuario y por la destruccion de la cosa usufructuada; de manera que debe conservarle miéntras viva, pues acontecen innumerables causas por las cuales no puede el hombre gozar de lo que le pertenece; y termina con esta excepcion: *Nisi talis exceptio usufructuario opponatur; quæ, etiam si dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere* (6). Hé aquí el fundamento de los que, haciendo extensiva á todas las servidumbres esta disposicion referente al usufructo, sostienen que ninguna servidumbre se extingue por el simple *no uso*, miéntras *no prescriba* el dueño de la finca dominante la libertad de ésta con todos los

(1) Paulo, I, 17, 1.
(2) D., VIII, 6, 7.
(3) C, III 34, 13.
(4) C. III, 34, 14.
(5) C. II, 41, 5. — VII, 39, 8. — Nov. CXXXI, cap. 6.°
(6) C. III, 33, 16, pr. y § 1.

requisitos que verémos son indispensables para prescribir el dominio. Pero obsérvese: 1.° Que la constitucion habla solo del usufructo, y nunca sería razonable extenderla á las servidumbres prediales cuya naturaleza es diferente. 2.° Que áun concretándola al usufructo, se expresa de muy distinta manera en la nueva que luégo publicó.

Con efecto: al año siguiente (531), recuerda Justiniano su anterior disposicion; pero lo hace en términos que más bien parece una declaracion opuesta. Así como hemos resuelto, dice, que el usufructo no se pierda por el *no uso* de uno ó dos años, sino por el de diez ó veinte, *ita et in cæteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non bienio... sed decenio contra præsentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sint in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis* (1). Esta doctrina la reproduce en el mismo año cuando declara que se necesita el no uso de veinte años para perder la servidumbre que sólo es permitido usar una vez por cada quinquenio (2). Hé aquí á su vez el fundamento de los que suponen innecesaria la *prescripcion extintiva* y suficiente en todos los casos el *no uso* para dar fin á las servidumbres; pues la ley dice que *toda servidumbre se perderá no usándola por diez ó veinte años*, porque quiere igualarlas en todo, *ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis*, quitando todas las diferencias que las separaban, *explosis differentiis*. Pudiera sostenerse esta opinion ciñéndonos rigurosa y exclusivamente á la letra de la ley: notemos, sin embargo, que fué publicada en 531, precisamente cuando se estaban confeccionando las Pandectas, de manera que los redactores de éstas no pudieron ménos de tenerla á la vista; y á pesar de todo, no la creyeron incompatible con la doctrina de la prescripcion extintiva, cuando insertaron en el Digesto los fragmentos que la conservan y razonan (3).

(1) C. III, 34, 13.
(2) C. III, 34, 14.
(3) Más comprensivas y sencillas las legislaciones modernas, establecen qua las servidumbres se pierden por el *no uso* durante cierto plazo, el cual empieza á contarse para las *discontinuas* desde que dejan de usarse, y para las *continuas* desde que tiene lugar un acto contrario á la servidumbre (pág. 359, nota).

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO.

1.°—Servidumbres personales: sus clases: circunstancias en que se diferencian de las prediales.—2.° Definicion y naturaleza del usufructo.—3.° Cómo se constituye el usufructo.—4.° Derechos del usufructuario.—5.° Obligaciones del usufructuario.—6.° Modos de extinguirse el usufructo.—7.° Naturaleza especial del llamado cuasi-usufructo.

1.° SERVIDUMBRES PERSONALES: SUS CLASES: CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE DIFERENCIAN DE LAS PREDIALES.

Ya dijimos (pág. 340) que servidumbre personal es la que se constituye en provecho exclusivo de personas determinadas. Ella, como las prediales, supone una desmembracion del dominio por la cual el dueño grava su propiedad con la obligacion de prestar servicios á ciertos individuos: es pues tambien un derecho real, porque consiste en gozar de una de las ventajas del dominio, y sólo se distingue de las prediales en que los servicios no son debidos perpétuamente á un fundo, sino temporalmente á persona determinada. En suma, lo que se da, tanto en una como en otra, siempre es lo mismo, una fraccion de la propiedad, y únicamente cambia el sugeto á quien se da: en las personales, al individuo; en las prediales, á la finca.

El derecho romano presenta bajo esta denominacion el *usufructo*, el *uso*, la *habitacion* y los *servicios de los esclavos y animales*; pero debemos considerar tambien como personales todas las contenidas en el Título anterior, cuando se establecen en beneficio exclusivo de una persona (1).

Como servidumbres que son, se rigen por los principios generales que expusimos en el Título anterior comunes á esta clase de derechos (pág. 337), separándose no obstante, en cuatro puntos: 1.° Las dos primeras se ejercen indistintamente sobre cosas muebles é inmuebles; y la última, necesariamente sobre semovientes. 2.° Todas ellas son afirmativas, consisten *en hacer* de parte del que tiene la servidumbre. 3.° Ninguna es perpétua: porque, inherentes á la persona favorecida, se extinguen con ella. 4.° Una de ellas, el

(1) D., VII, 1, 32; id. 8, 21; VIII, 3, 4, 6 y 37; XXX, 39; 4; XXXIII, 3, 6; XLIII, 20, 1, § 43; etc.

usufructo, es divisible, pudiendo adquirirse y perderse por partes.

2.° Definicion y naturaleza del usufructo.

§ inicial. *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substancia. Est enim jus in corpore: quo sublato, et ipsum tolli necesse est.*

En este párrafo se han unido dos fragmentos que figuran por separado en el Digesto (1), y corresponden á diferentes jurisconsultos: la definicion es de Paulo; el resto, que figura como justificacion de la misma, pertenece á Celso, quien no sabemos con qué motivo lo escribiría. De aquí resulta que la definicion es clara, pero el razonamiento inoportuno: los examinarémos por separado.

Define el usufructo *jus*, porque le considera respecto de la persona en cuyo favor se constituye, pues respecto al propietario es una disminucion de su derecho, un gravámen.

Alienis rebus; porque el usufructo, como toda servidumbre, ha de recaer sobre una cosa ajena: *Uti frui jus sibi esse*, decía Ulpiano, *solus potest intendere, qui habet usufructum; dominus autem fundi non potest; quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet*; *nec enim potest ei suus fundus servire* (2). No es, pues, usufructo el derecho que tienen de hacer suyos los frutos el dueño sobre lo que le pertenece; el marido sobre la dote; el heredero fiduciario sobre los bienes que ha de restituir; y el enfiteuta sobre la finca que le ha sido cedida (3).

Utendi fruendi: tales son las facultades que el propietario segrega de su dominio para constituir usufructo en favor de un extraño, la de usar y disfrutar con la extension que luégo verémos: el dominio así desmembrado se llama *nuda proprietas*; la cosa gravada, *res fructuaria*; y el individuo á quien se ha concedido el uso y el fruto, *usufructuarius*, *fructuarius*. De estas dos facultades, la *utendi* no comprende la *fruendi*: pero sí ésta la *utendi* en cuanto es necesaria para su ejercicio; por consecuencia, se entienden conferidas ambas, bien se haya legado el *usufructo*, bien simplemente el *fruto*; será nulo el legado en que se pretenda separar total-

(1) D., VII, 1, 1 y 2.
(2) D., VII 6, 5, pr.
(3) Denominar usufructo *causal* el derecho que tienen estas personas, y *formal* el que se tiene sobre cosas ajenas, no es jurídico; y en lugar de proporcionar claridad, introduce la confusion.

mente el uso del fruto; y si á uno se le deja el uso y á otro el fruto de una misma cosa, los dos tendrán la *utendi*, y al segundo corresponderá exclusivamente la *fruendi* (1).

Salva rerum substancia. Como al usufructuario no se le da parte alguna en la facultad de disponer, es natural que carezca de atribuciones para destruir ó transformar la cosa; debe, por el contrario, mantenerla en el estado mismo que la recibió.

El fragmento de Celso, copiado en seguida, tiene una construccion gramatical que no guarda consonancia con la definicion. Para restablecer el sentido, proponen algunos que se entienda la frase anterior *salva rerum substancia* como si quisiera decir *miéntras dure la sustancia*; pero extinguiéndose el usufructo por muchas causas que verémos, aunque subsista la cosa, resulta que la innovacion, á trueque de corregir un defecto gramatical, ocasionaría un error jurídico. Nos parece más sencillo reconocer que el fragmento se halla fuera de su lugar y sería escrito para probar alguna otra doctrina.

3.° Cómo se constituye el usufructo.

§ 1. *Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis alicui usumfructum legaverit: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum; et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usumfructum; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.*

Ne tamem in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti.

El texto menciona solamente dos medios, la *último voluntad* y el *convenio*: debemos añadir, la *prescripcion*, la *ley* y la *adjudicacion.*

Susceptibles de division los productos á que da derecho el usufructo, puede esta servidumbre adquirirse ó perderse por partes (2), y un condueño puede establecerla sin anuencia del otro (3).

(1) D., VII, 1, 42, pr.; id. 6, 1, § 1; id. 8, 14.

(2) D., VII, 1. 5; id. 8, 19; XXXV, 2, 1, § 9.

(3) D., VII, 9, 10.

(A) *La última voluntad.*

Todas las servidumbres pueden constituirse en última voluntad; pero este medio es más comunmente usado para establecer las personales, por una razon bien sencilla. Las prediales tienen por objeto las necesidades de los fundos; y tan luego como éstas se sienten, procura el dueño adquirir la oportuna servidumbre por cualquiera de los medios que producen inmediato resultado: los servicios que proporcionan las personales aumentan, viceversa, el bienestar del individuo, y son, por consecuencia, una manera de recompensar servicios ó de prestar recursos á personas que el testador quiere favorecer. Así se explica por qué Justiniano invierte aquí el órden de preferencia que guardó en el § 1.° del Título anterior, y por qué el Digesto consagra todo un Título á las servidumbres personales que se dejan por legado ó fideicomiso, cuya doctrina expondrémos oportunamente (1).

Ciñéndonos ahora al texto, debemos observar que sus tres combinaciones ó formas de legar el usufructo no son un vano juego de palabras; porque si á uno se le deja el usufructo y á otro la propiedad de la misma cosa sin añadir *deducto usufructu*, los dos tendrían participacion en los frutos (2).

(B) *El convenio.*

El usufructo era cosa *nec mancipi*: para constituirle el dueño por via de *translatio* necesitaba emplear la *in jure cessio* si trataba de concederle sobre predios itálicos ó sobre muebles, aunque se hallasen en provincias: para constituirle por via de *deductio*, cabia usar de la *mancipatio*, porque no se mancipaba el usufructo, sino la cosa de cuya propiedad se detraia: en cualquier otro caso necesitaba recurrirse á los pactos y estipulaciones, por idénticos motivos que hemos dicho al tratar de las servidumbres prediales (pág. 355) (3). Tambien, como éstas, fué más tarde protegido por el Pretor, aunque no se hubiera constituido segun el derecho estricto (4); y por fin, se reconoció medio legal todo convenio válido.

(C) *La prescripcion.*

Algunos escritores niegan que la prescripcion sea medio de constituir el usufructo. Verdad es que en cierto fragmento del Digesto se consigna esta doctrina (5); pero lo mismo leemos, segun hemos visto, respecto á las demas servidumbres miéntras se conservó en observancia la ley *Scribonia*

(1) D., XXXIII, 2.
(2) D., XXXIII, 2, 19.
(3) GAYO, II, 30 á 33.
(4) D., VI, 2, 11, § 1; VII, 1, 25, § 7; id. 4, 1, pr.; id. 9, 9, § 1; XXXIII, 2, 29.
(5) D., XLI, 3, 44, § 5.

(pág. 358). Es lo cierto que Justiniano, en el Título de *prescripcion* inserta la ley que había publicado, resolviendo las dudas acerca de cómo debía entenderse la presencia y ausencia para el efecto de prescribir; y esta ley termina diciendo: *Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus et cæteræ servitutes* (1). No vemos, pues, motivo bastante para suponer que esta constitucion se refiera á la pérdida de las servidumbres por el *no uso*. Desde luego, el legislador la colocó entre uno de los modos de adquirir, sin que en ella mencione para nada el no uso, ni de ella haga mencion en las que tratan del no uso. Además, sancionada la prescripcion como medio de adquirir la propiedad y sus fracciones, las servidumbres, no hay razon decisiva para excluir al usufructo, cuando los textos nos dan testimonio de la proteccion que le dispensó el Pretor, otorgando las acciones oportunas al que le poseía. Es, finalmente, bien extraño que cuando por muchos se cita la referida ley en apoyo de que las demas servidumbres se adquieren por prescripcion, manifiesten recelo en comprender el usufructo, siendo la única servidumbre que expresa nominalmente.

(D) *La ley.*

Por ministerio de la ley se constituye el usufructo para varios casos que en sus respectivos lugares examinarémos: á favor del padre de familias sobre el peculio de sus descendientes, y á favor de un cónyuge, disuelto el matrimonio, sobre bienes del que fué su consorte (2).

(E) *La adjudicacion.*

En los juicios de particion de una herencia ó cosa comun, podía el Juez dar á uno de los interesados la propiedad y á otro el usufructo de un mismo objeto (3).

4.° Derechos del usufructuario.

Los principios generales que rigen sobre este punto son:

1.° El usufructuario puede usar y disfrutar de la cosa y sus accesorios de la manera más lata, sin ceñirse á lo que personalmente necesite; á la vez que el propietario nada puede hacer que menoscabe el derecho de aquél, y debe prestar lo indispensable para su ejercicio.

2.° El usufructuario puede hacer mejor la condicion de la propiedad; pero nó empeorarla.

(1) C. VII, 33, 12.
(2) C. V, 9, 3, § 1; id. 17, 11, § 1 y 2.—Nov. XXII; CXVII, etc.
(3) D., VIII, 1, 6, § 1.

3.° Todo esto puede hacerlo el usufructuario sin cambiar el destino ni sustancia del objeto, aunque sea aumentando su valor; porque debe restituirle en la misma forma que le recibió (1).

En el Digesto hallamos multitud de fragmentos cuyo objeto es aplicar estos principios á las diversas cosas que pueden ser materia del usufructo. Indicarémos los casos más frecuentes y expondrémos cómo el usufructuario hace suyos los frutos segun su clase.

Fincas rústicas. El usufructuario puede ejercer su derecho sobre la finca que se le ha concedido y sobre los aumentos que ésta reciba por *aluvion;* mas nó por la formacion de una *isla*, pues viene á formar un todo separado; *nam ubi latet incrementum, et ususfructus augetur: ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit,* dice Ulpiano (2).

Cuando la finca comprenda arbolado, el derecho del usufructuario se regula por el destino que aquél tuviera. Si se trata de un plantel, puede disponer de los árboles, pero renovándole, *quasi instrumentum agri,* para devolverlo al dueño, concluido el usufructo. Si de un monte tallar, *silva cædua*, puede cortar y vender sin deteriorarlo, aunque el dueño no tuviese costumbre de vender. Si de un monte no tallar, puede tomar lo necesario para el fundo, pero nó cortar los árboles (3). Son del usufructuario los árboles muertos, con la obligacion de reponerlos (4); los arrancados por el viento pertenecen al dueño, y el usufructuario no tiene obligacion de renovarlos (5); pero si el objeto principal del usufructo fuese un bosque, podrá cortar y vender en todo caso (6).

Si en el fundo hubiera minas ó canteras en explotacion, podrá continuarla el usufructuario, y buscar y abrir otras nuevas (7) cuando no perjudique á la agricultura ó hayan de rendir productos superiores (8).

Le es permitido utilizar el producto de las abejas (9), la caza y pesca; y áun los vivares que existan, reponiendo los animales que aproveche (10).

Le está prohibido hacer cosa alguna que transforme la propiedad en su manera de ser; no podrá, segun esto, des-

(1) *Inst.* II, 5, § 1; D., VII, 1, 7, pr. y § 1; 9. pr., § 1 y al fin; 12, § 2; 13, § 4; 15, § 6; 27, § 1; id, 6, 1.
(2) D., VII, 1, 9, § 4.
(3) D., VII, 1, 9, § 6 y 7; id. id., 10 y 11.
(4) D., VII, 1, 13.
(5) D., VII, 1, 19, § 1; id. id., 59, pr.
(6) D., VII, 8, 22, pr.
(7) D., VII, 1, 9, § 2 y 3.
(8) D., VII, 1, 13, § 5.
(9) D., VII, 1, 9, § 1.
(10) D., VII, 1, 9, § 5, id. id., 62.

truir la casa de campo, ni edificarla de nuevo á no ser indispensable para el cultivo, ni convertir en productiva una finca de recreo (1).

Edificios. Tiene derecho de repararlos y hacer en ellos obras de comodidad ú ornato; v. gr., darles luces, decorarlos, etc.; pero nó de variar la construccion del edificio ni la distribucion de las estancias (2) aunque sea para mejorarlos (3); porque, como dice Neracio, *aliud est tueri quod accepisset, an novum facere* (4). Ultimamente, no puede ni áun terminar su construccion, por más que sin ello no sea posible disfrutarlos (5).

Esclavos. El usufructo sobre un esclavo da derecho á todo lo que provenga de su trabajo ó de los bienes que el usufructuario le haya confiado; pero nó á lo que adquiera de cualquier otro modo: v. gr., por legado ó donacion (6).

Ganados. Son del usufructuario las crías, y puede aprovecharse de la leche y lana, mas con la obligacion de reponer las cabezas que mueren con las que nazcan (7), y desde este momento entran en el dominio del propietario (8).

Vestidos. Puede servirse de ellos sin alquilarlos; *quia vir bonus, ita non uteretur.* Si fueran trajes que sirviesen únicamente para la escena ú otro uso semejante, puede alquilarlos, aunque su dueño tuviera sólo la costumbre de prestarlos (9). Por lo demas, cumple con devolverlos tal como se encuentren al concluir el usufructo, *si eam sine dolo malo adtritam reddiderit* (10).

Todos los derechos referidos puede ejercitarlos el usufructuario por sí mismo ú otorgar á otro su ejercicio por cesion, arriendo, venta, ó precario (11).

Bien utilice la cosa el mismo usufructuario, bien un tercero, no harán suyos los frutos *naturales* miéntras no hayan sido percibidos, como ya sabemos (pág. 329). Ahora debemos observar que tienen derecho de percibir no solamente los frutos que nazcan en lo sucesivo, sino tambien los que se encuentren pendientes al constituirse el usufructo, por más que estuviesen ya maduros (12). Viceversa, todos los que se hallen

(1) D., VII, 1, 13, § 4 y 6.
(2) D., VII, 1, 7, § 3; id. id., 13, § 7 y 8.
(3) D., VII, 1, 8 y 14.
(4) D., VII, 1, 44.
(5) D., VII, 1, 61.
(6) GAYO, II, 91. — *Inst.* II, 9, § 4. —D., XLI, 1, 10, § 3.
(7) *Inst.* II, 1, § 37 y 38. — D., VII 1, 68, § 1 y 2; XXII, 1, 28, pr.
(8) D., VII, 1, 69 y 70.
(9) D., VII, 1, 15, § 4 y 5.
(10) D., VII, 9, 9. § 3.
(11) *Inst.* II, 5, § 1.—D., VII, 1, 12, § 2; id. id., 67.
(12) D., VII, 1, 27, pr.

pendientes cuando termine el usufructo, son del propietario (1). Como estas disposiciones pudieran ocasionar el que se recolectáran los frutos sin esperar á que madurasen, Javoleno da la siguiente regla tan sencilla como equitativa: *In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est; neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit; itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse* (2). En el mismo sentido se expresa Paulo respecto de otros frutos (3).

Relativamente á los frutos *civiles*, el principio es que sólo pertenecen al usufructo aquéllos que habría lucrado el usufructuario si personalmente hubiera usado la cosa. Por consiguiente, al extinguirse el usufructo, se divide el precio de los arriendos que tenga pendientes el usufructuario, entre éste ó sus herederos y el dueño, á proporcion de lo que haya durado el usufructo, aunque se hubiesen hecho por una suma alzada (4). Mas cuando se trata de arriendos de campos, no hay prorateo: si el usufructo se extingue ántes que el colono perciba los frutos, todo el precio del arriendo es del propietario; si despues, todo él corresponde al usufructuario ó á sus herederos, por más que no hubiera vencido el plazo en que debía pagarse: la razon es porque otro tanto hubiese sucedido en el caso de haber cultivado el usufructuario por sí mismo (5). Los arriendos verificados ántes de constituirse el usufructo, sólo debe respetarlos el usufructuario cuando á ello se haya obligado expresamente (6).

5.° Obligaciones del usufructuario.

La ley impone obligaciones al usufructuario ántes de comenzar el usufructo, durante éste, y cuando termina.

(A) *Antes de comenzar el usufructo.*

1.ª Formar, segun recomienda Ulpiano, inventario descriptivo del estado en que se hallan los objetos concedidos en usufructo, para evitar reclamaciones difíciles de justificar cuando hayan de restituirse (7).

2.ª Prestar caucion por medio de fiadores de que usará la cosa como un buen padre de familias, y la restituirá, concluido el usufructo.

(1) D., VI, 1, 78; VII, 4, 13; XXXIII, 1, 8.
(2) D., XXXIII, 2, 42.
(3) D., VII, 1, 48, § 1.
(4) D., VII, 1, 25, § 2; id. id., 26.
(5) D., VII, 1, 58, pr.
(6) D., VII, 1, 59, § 1.
(7) D., VII, 9, 1, § 4.

Esta garantía se exige por regla general en toda clase de usufructo (1), ya recaiga sobre cosa inmueble ó mueble (2), y de cualquier manera con que se haya constituido (3).

Miéntras el usufructuario no la presta, carece de accion para reclamar su derecho (4); y si tuviera ya la cosa en su poder, el dueño podrá demandar la caucion (5) ó reivindicar la cosa (6).

Sólo están dispensados de esta obligacion: 1.° El fisco (7). 2.° El padre, en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus descendientes (8). 3.° El usufructuario á quien se haya legado el usufructo puramente y el dominio á término cierto; porque ha de llegar un dia en que él ó sus herederos serán propietarios (9). 4.° Aquel á quien el dueño dispense de afianzar (10). Pero el testador mismo no puede relevar de la fianza cuando lega el usufructo (11).

(B) *Durante el usufructo.*

1.ª Debe conducirse en el uso y conservacion de la cosa cual un buen padre de familias, *quasi bonus paterfamilias:* lo cual quiere decir que viene obligado á prestar la *culpa leve in abstracto*, no *in concreto*; esto es, que debe tener la diligencia de un hombre regularmente cuidadoso, nó la que él acostumbre desplegar en sus negocios (12).

2.ª Respecto al uso, deberá ceñirse al destino que las cosas tuvieran (13).

3.ª La conservacion del objeto exige que el usufructuario haga las reparaciones oportunas y procure evitar la pérdida de los derechos del dueño.

Las reparaciones que tiene obligacion y derecho de hacer el usufructuario son las obras menores, aquéllas cuyo objeto es mantener la finca en buen estado, *modica refectio* (14). Si por encontrarse ausente el usufructuario las costeara el dueño, debe ser éste reintegrado (15). El usufructuario se eximirá de reparar la finca dimitiendo el usufructo, renuncia que puede verificar áun despues de ser demandado judicialmente para la reparacion (16); mas su renuncia no le eximirá de reparar lo que se haya destruido por su falta de cuidado (17). Los

(1) D, VII, 1, 13, pr.
(2) D., VII, 9, 1, § 1.
(3) D., VII, 1, 13, pr.; id. 9, 1, § 1 y 2; C. III, 33, 4.
(4) D., VII, 1, 13, pr.
(5) D., VII, 5, 5, § 1.
(6) D., VII, 9, 7, pr.; id. id., 12.
(7) D., XXXVI, 3, 1, § 18.
(8) C. VI, 61, 8, § 4.
(9) D., VII, 9, 9, § 2.
(10) D., II, 14, 46.
(11) D., XXXVI, 4, 6, pr.—C. III, 33, 1; VI, 54, 7.
(12) *Inst.* II, 1, § 38.—D., VII, 1, 9, § 2.
(13) D., VII, 1, 13, § 8.
(14) D., VII, 1, 7, § 2 y 3.—C. III, 33, 7.
(15) D., VII, 1, 48, pr.
(16) D., VII, 1, 48 y 64.
(17) D., VII, 1, 65, pr.

reparos mayores, efecto del tiempo ó de un caso fortuito, son de cuenta del dueño; pero sin que el usufructuario pueda exigir que los realice, si bien se utilizará de ellos en el caso de hacerlos (1).

Para evitar que el dueño pierda sus derechos, debe el usufructuario impedir, en cuanto esté de su parte, que los prescriba un tercero (2): será, por consecuencia, responsable si se perdiesen las servidumbres por no usarlas (3).

4.ª Debe soportar todas las cargas que pesen sobre la cosa; v. gr., tributos, alimentos (4), inclusas las que se impongan despues de constituido el usufructo (5), á no probarse que otra fué la voluntad del constituyente (6).

(C) *Concluido el usufructo.*

Debe restituir al dueño la cosa no deteriorada por su culpa, *quod inde extavit*; pues no es responsable de los deterioros que haya sufrido sin culpa del usufructuario (7).

6.º Modos de extinguirse el usufructo.

§ 3. Finitur autem usus fructus morte fructuarii, et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agit); vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei acquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, aut vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areæ quidem usumfructum deberi.

§ 4. Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.

Al tratar de las servidumbres prediales, omitieron por completo las Instituciones los casos en que se extinguian. Más explícitas respecto al usufructo, nos dicen que se pierde por la muerte ó capitisdiminucion del usufructuario, no uso, consolidacion y ruina de la cosa: indicarémos además la revocacion de los derechos del constituyente y el cumplimiento de la condicion ó del término bajo que fué concedido; notando que

(1) D., VII, 1, 7, § 2; id. id., 65, § 1; XXXIX, 2, 20.
(2) D., VII, 9, 1, § 7.
(3) D., VII, 1, 15, § 7.
(4) D., VII, 1, 7, § 2; id. id., 27, § 3.
(5) D., XXXIII, 2, 28.
(6) D., VII, 1, 52.
(7) D., VII, 9, 1, pr. y § 7; id. id., 9, § 3.

puede extinguirse parcialmente en todos estos casos, excepto los de muerte y capitisdiminucion (1).

(A) *Muerte.*

Como servidumbre personal otorgada en beneficio exclusivo de un individuo, necesario es que se extinga con la muerte de la persona favorecida (2), aunque se haya dejado por cierto número de años (3), si no se hubiera concedido tambien para sus herederos (4).

Legada la propiedad de una cosa bajo la condicion de que el usufructo ha de pasar al heredero, se entiende solamente el heredero inmediato, en el cual cesa por muerte ó causa legal, pues de lo contrario sería perpétuo (5).

El usufructo adquirido por un descendiente ó un esclavo, le conserva el padre de familias aunque mueran aquéllos; y si falleciese ántes el padre, le retiene el hijo, á pesar de que no haya sido instituido heredero (6).

Cuando el usufructo se ha concedido á un município, se extingue á los cien años, *quia is finis vitæ longævi hominis est* (7), *quæ finis vitæ longissimus esset* (8), ó ántes de este plazo si la ciudad es destruida (9).

(B) *Capitisdiminucion.*

Antiguamente se extinguía el usufructo por cualquiera de las clases de capitis diminucion. Hablando Gayo de los efectos que producía la arrogacion ó la *conventio in manu mariti*, dice: Las cosas incorporales y corporales que le pertenezcan *patri adoptivo coemptionatorive adquirentur, exceptis iis, quæ per capitis deminutione pereunt; quales sunt ususfructus*, etc. (10). Cuando se escribieron las Instituciones, ya no existía la *in manum conventio*, ni la arrogacion privaba de sus derechos al arrogado (pág. 117); y en su consecuencia, solamente ponen fin al usufructo la capitis diminucion máxima y la media (11).

La capitisdiminucion ó emancipacion del hijo, así como la venta ó manumision del esclavo, por medio de los cuales adquirió el jefe de la familia un usufructo, no le extinguen. Si el padre sufriera la capitisdiminucion, le retendría el hijo (12).

(1) D., VII, 1, 57; id. 2, 3, § 2; id. 4, 14 y 25.
(2) D., VII, 4, 3, § 3; XLV, 1, 38, § 10. —C. III, 33, 3, pr.—Pero nó por la del propietario. C. III, 33, 3, § 1.
(3) C. III, 33, 12.
(4) D., VII, 4, 5, pr.; XLV, 1, 38, § 12.
(5) C. III, 33, 14.
(6) C. III, 33, 17.
(7) D., VII, 1, 56.
(8) D., XXXIII, 2, 8.
(9) D., VII, 4, 21.
(10) Gayo, III, 83 — Paulo, III, 6, 28 y 29 — D. VII, 4, 1.
(11) *Inst.* III, 10, § 1. — C., III, 33, 16, § 2.
(12) C., III, 33, 17.

(C) *No uso.*

Equiparado el usufructo á las servidumbres prediales en cuanto no puede ejercerse sino por actos que practique el usufructuario, se extinguía por el simple *no uso* durante el plazo legal sin necesidad de *prescripcion extintiva* (1). Antes de Justiniano, el plazo era de dos años cuando el usufructo recaía sobre cosas inmuebles, y de un año cuando sobre cosas muebles (2). Justiniano le prolongó hasta diez años entre presentes y veinte entre ausentes (3) en los términos que hemos referido al tratar de las servidumbres prediales (pág. 364).

Lo mismo que éstas, se conserva usándole otro en nuestro nombre (4): con la circunstancia de que le conservamos cuando le vendemos, aunque deje de usarle el comprador, porque gozamos del precio que equivale al uso de la cosa (5): pero nó si le donamos y no le usa el donatario (6).

Las Instituciones expresan que se perderá igualmente no usándolo *per modum et tempus*. De muy diversa manera se interpretan estas palabras, que para nosotros tienen el sentido natural. El usufructo, como divisible que es, puede concederse sólo en parte, autorizando al usufructuario para hacer suyos únicamente determinados frutos: ahora bien, si en lugar de los concedidos toma otros, perderá el usufructo constituido, como pierde en caso análogo las servidumbres prediales. En este órden de ideas resuelve Paulo la cuestion de si perdería el usufructo aquél que sólo hubiera ejercitado el uso de la cosa, y dice: Que si sabía que le pertenecía tambien el usufructo, le conserva; pero si lo ignoraba, le pierde, porque entónces *non enim ex eo quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere* (7).

Finalmente, cuando se ha legado el usufructo *alternis annis*, no se pierde por el *no uso*; porque *non unum, sed plura legata sunt* (8).

(D) *Consolidacion.*

Recibe este nombre la reunion del usufructo y de la propiedad en una misma persona, acontecimiento que en las servidumbres prediales se llama *confusion* (9). Puede verificarse ó adquiriendo el usufructuario el dominio de la cosa, ó cediendo su derecho de usufructo al propietario. El primer caso

(1) D., VII, 6, 3.
(2) PAULO, III, 6, 30.
(3) C. III, 33, 16; id. 34, 13.
(4) D., VII, 1, 12, § 2; id, 4, 22.
(5) D., VII, 1, 12, § 2; id. id., 38 y 39.
(6) D., VII, 1, 40.
(7) D., VII, 4, 20.
(8) D., VII, 4, 28; XXXIII, 2, 13.
(9) D, VII, 2, 3, § 2, id. 4, 17 y 27; XXIII, 3, 78, § 2.

ninguna duda ofrece; el segundo exige cierta explicacion. Hablando de él Gayo, dice : *Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem : alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi* (1). De aquí resulta que, cedido el usufructo al dueño, se realizaba una verdadera consolidacion; pero cedido á un extraño, el acto era completamente ineficaz, y el usufructuario conservaba íntegro su derecho, *nada había hecho*, Creemos que Justiniano consagra igual doctrina; porque la *servidumbre misma* es inherente á la persona, y no puede trasmitirse, por más que sea lícito al usufructuario vender, arrendar ó ceder gratuitamente *el goce de su derecho*, como nos enseñan las Instituciones en el § 1.° del Título siguiente. Es cierto que el Emperador omite la explicacion de Gayo, *alii vero in jure cedendo nihilominus jus suum retinet;* pero el sentido natural de las palabras *nihil agit*, el que tenían en el original de donde fueron tomadas, y el que deben tener tratándose de una servidumbre, no permite suponer que declaren, como algunos pretenden, que el usufructuario pierde su derecho, por más que esta fuese la opinion de Pomponio (2).

Desusada la *in jure cessio*, pudo renunciarse el usufructo, no sólo expresamente de cualquiera manera, sino áun tácitamente, v. gr., consintiendo el usufructuario que el dueño vendiera la cosa usufructuada (3).

El usufructo extinguido por la consolidacion, renacerá si el usufructuario que llegó á ser dueño se viese más tarde obligado á devolver la propiedad, v. gr., se rescinde el testamento en el cual se había legado el dominio al usufructuario (4).

(E) *Destruccion de la cosa usufructuada.*

El texto se limita á decirnos que, destruido un edificio, se extingue el usufructo sin que se conserve sobre el área que ocupaba, y segun el pasaje de que se tomó, ni áun sobre los cimientos (5). Otro tanto sucede cuando muere el animal cedido en usufructo, pues tampoco de su carne y cuero puede aprovecharse el usufructuario; porque en los dos casos ha terminado ya el usufructo (6).

Generalizando la doctrina, dirémos que se extingue el usufructo cuando el objeto sobre que recae sufre una alteracion *sustancial*, pero nó cuando solamente *accidental*. Es,

(1) Gayo, II, 30.
(2) D., XXIII, 3, 66.
(3) D., XLIV, 4, 4, § 12.
(4) D., VII, 1, 57.
(5) D., VII, 4, 5, § 2.
(6) D., VII, 4, 30.

sin embargo, muy difícil determinar á cuál de las dos clases corresponden las innumerables á que se prestan los diferentes objetos. Sería demasiado prolijo reseñar todas las soluciones que el Digesto contiene sobre casos especiales: nos circunscribirémos á las más comunes para formar idea del criterio que dominaba.

El usufructo de una finca rústica se extingue cuando es inundada, si bien renace apénas la dejan libre las aguas (1). Subsiste, viceversa, aunque el rio se lleve gran parte de la tierra y acumule otra nueva (2), ó el testador plante su terreno de viñas ó quite las que habia (3), destruya la casa de campo que existiese ó la edifique de nuevo (4).

El de un bosque se anula si el testador le reduce á cultivo (5). El de un estanque, cuando queda seco (6).

El de un edificio se desvanece cuando el testador le trasforma dándole otro destino (7), lo mismo que si le derriba y construye de nueva planta; pero no por las reparaciones parciales, aunque venga á resultar un nuevo edificio (8). Otro tanto sucede con el de una nave (9). Si estuviera concedido sobre cierta área, y un propietario que no fuera el testador edificase en ella, concluye tambien el usufructo; pero el usufructuario tendría derecho para reclamar contra el edificante (10).

Debemos, por último, notar que cuando se constituya el usufructo sobre una universalidad en general, y perezca alguna de las individualidades que la formen, el usufructuario no tiene derecho á las fracciones que de ellas subsistan: pero sí cuando se ha constituido expresamente sobre cada individualidad (11).

(F) *Revocacion de los derechos del constituyente.*

Por las mismas razones indicadas al tratar de las servidumbres prediales (pág. 361); v. gr., si el heredero concede usufructo sobre una cosa que se le ha legado condicionalmente, y despues se cumple la condicion (12).

(G) *Cumplimiento de la condicion ó del término bajo que fué concedido.*

Nunca se ofreció inconveniente para admitir este caso de extincion respecto á las servidumbres personales, como le hubo

(1) D., VII, 4, 10, § 2; id. íd., 23 y 24 pr.
(2) D., VII, 4, 24, § 2.
(3) D., VII, 4, 10, § 4.
(4) D., VII, 4, 8 y 9.
(5) D., VII, 4, 10, § 4.
(6) D., VII, 4, 10, § 3.
(7) D., VII, 4, 12.
(8) D., VII, 4, 10, § 7.
(9) D., VII, 4, 10, § 7.
(10) D., VII, 4, 5, § 3.
(11) D., VII, 1, 34, § 2; id., 4, 10, § 8.
(12) D., VII, 4, 16.

en las prediales (pág 344) (1); mas debemos observar lo que había de notable cuando se trataba del usufructo. Si se legaba hasta que una tercera persona llegase á cierta edad, duraba todos los años que le faltaban para cumplirla, aunque muriese ántes; porque se entendía que el testador se habia fijado en el tiempo por el cual hacía la concesion, y nó en la circunstancia de que viviera el individuo designado. Cuando el legado de usufructo se sujetaba á una eventualidad, v. gr., miéntras el hijo permaneciera furioso, se extinguía si el hijo recobraba la razon; pero si al morir no la había recobrado, el usufructo continuaba durante toda la vida del usufructuario: fúndase Justiniano para esta resolucion en que siendo posible que el hijo hubiera permanecido furioso ó no se hubiera cumplido la condicion miéntras viviese el usufructuario, era equitativo extender el usufructo por toda la vida de éste; y de la misma manera que si el usufructuario hubiese fallecido ántes de recobrar el hijo la razon ó de cumplirse la condicion, se extinguiría el usufructo, tambien era humano conservársele si moría furioso ó sin cumplirse la condicion (2).

7.° Naturaleza especial del llamado cuasi-usufructo.

§ 2. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis et jumentis ceterisque rebus, exceptis his, quæ ipso usu consummuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, frumentum, vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu (3) assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitates causa senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdat (4) hæredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut, si morietur, aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*

Consistiendo esencialmente el usufructo en usar y disfrutar de una cosa sin destruirla, *salva substantia*, para devolverla *in specie*, claro es que pueden ser objeto de esta servi-

(1) C., III, 33, 5
(2) C., III, 33, 12.
(3) C. *namque ipso.*
(4) C., *satisdet.*

dumbre todas las cosas que no se destruyan con el uso; y, por el contrario, no pueden serlo las consumibles, *quæ ipso usu consummuntur*, segun dice el texto. Es sin embargo frecuente que un testador otorgue el usufructo de todo ó parte alícuota de su patrimonio, que naturalmente abraza muchos objetos consumibles; y en semejantes casos, ó habría de contrariarse la voluntad del finado, ó se hace indispensable someter el usufructo de tales cosas á diferentes reglas. La segunda de estas soluciones fué autorizada por el Senado (1) para secundar una disposicion que nada tenía de reprobable, como no fuese haber aplicado impropiamente la palabra usufructo á objetos consumibles, pero que al fin expresaba con claridad cuál era el propósito del testador. *Senatus censuit*, dice Ulpiano, *ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo senatusconsulto inductum videtur ut earum rerum, quæ usu tolluntur, vel minuuntur, possit ususfructus legari* (2).

Desde entónces fué ya posible constituir usufructo sobre toda clase de bienes indistintamente (3); pero como quiera que los objetos consumibles no pueden ser restituidos *in specie* despues de usados, necesitó el Senado facultar al usufructuario para que los devolviese *in genere*, ó su estimacion, imponiéndole el deber de asegurar la restitucion (4): de manera que, aunque conserva el nombre de usufructo, se diferencia esencialmente de él. Por eso dice Gayo *Quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniæ ususfructus propriè esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari poterit; sed remedio introducto, cœpit quasi ususfructus haberi* (5). Hé aquí el motivo de llamársele *cuasi-usufructo*, una institucion á manera ó similar del usufructo.

Segun esto, los derechos y obligaciones que tiene el usufructuario de objetos consumibles son:

Adquiere la propiedad de los mismos: *ut ejus fiant*, dice el texto: *dominium fructuarii non hæredis est* (6); *proprietas ad legatarium transferri debet* (7).

(1) No consta la fecha del senadoconsulto; pero debe corresponder á los primeros dias del Imperio: 1.° Porque Ciceron sostiene como inconcusa la doctrina opuesta (Top., 3, 4); y por el contrario, Nerva y Sabino, contemporáneos de Augusto y Tiberio, ya conocían la disposicion del Senado. 2.° Porque esta clase de usufructos universales se hicieron frecuentes despues de la ley *Julia* y *Papia Poppœa* que restringieron las liberalidades *mortis causa* entre esposos, permitiendo que se legaran recíprocamente una porcion alícuota de sus bienes en usufructo (Ulpiano XV).

(2) D., VII, 5, 1.

(3) D., VII, 5, 3, pr., id. id., 5, pr.; XXXIII, 2, 24, pr.; id. id. 37 y 43.

(4) D., VII, 5, 2, pr.

(5) D., VII, 5, 2, § 1.

(6) Fragm. Vat., § 46.

(7) D., VII, 5, 7.

Como dueño, puede, en general, disponer libremente de ellos. Si hubiera obligaciones en favor del patrimonio, tiene derecho para exigir su cumplimiento, adquiriendo sobre lo que se le entregue la propiedad, ó un verdadero usufructo, segun que el objeto debido sea ó nó consumible; y miéntras se realice el pago, hará suyos los intereses que produzca la obligacion; si él mismo fuera el deudor, quedará libre de abonar intereses y de pagar el capital miéntras dure el usufructo (1). El párrafo enumera los vestidos entre las cosas consumibles, y por tanto su restitucion debería siempre hacerse en otros de la misma calidad; pero en el Digesto se consideran de un modo contrario (2): creemos que la doctrina romana sería, como Ulpiano indica, estimar cual verdadero usufructo el de los vestidos, cumpliendo con devolverlos en el estado que tuvieran, cuando el usufructuario no los hubiese recibido estimados, *sicut quantitatis* (3).

Terminado el usufructo, debe restituir ó cosas de la misma calidad y cantidad que las recibidas, ó su estimacion, si fueron tasadas al tiempo de entregárselas, medio que prefiere el texto siguiendo á Gayo (4).

Para garantir estas obligaciones deberá prestar, al constituirse el usufructo, seguridad bastante en los mismos términos que hemos dicho anteriormente (5).

De lo expuesto resulta que el usufructo de cosas consumibles reune los caractéres esenciales de un préstamo mutuo con las diferencias siguientes: 1.ª No es á plazo fijo, sino que dura ordinariamente por toda la vida del usufructuario. 2.ª No devenga intereses. 3.ª Suelen apreciarse los objetos para que se devuelva su valor. 4.ª Lleva consigo la necesidad de prestar caucion.

(1) D., VII, 5, 3.
(2) D., VII, 1, 15, § 5; id. 9, 9, § 3.
(3) D., VII, 1, 15, § 4.
(4) D., VII, 5, 7.
(5) D., VII, 5, 2, pr.; id. id, 4, 7, 9 y 10; id., 9, 7, § 1.

TÍTULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

I. **SERVIDUMBRE DE USO.—1.° Naturaleza de esta servidumbre.—2.° En qué se diferencia del usufructo.—3.° Casos especiales comprendidos en las Instituciones. —4.° Obligaciones del usuario.**
II. **SERVIDUMBRE DE HABITACION.—1.° Naturaleza de esta servidumbre.—2.° En qué se diferencia del usufructo y del uso.**
III. **SERVIDUMBRE DE LOS SERVICIOS DE ESCLAVOS Y ANIMALES.—1.° Naturaleza de esta servidumbre.—2.° En qué se diferencia del usufructo y del uso.**

I.

SERVIDUMBRE DE USO.

1.° NATURALEZA DE ESTA SERVIDUMBRE.

Continúan las Instituciones el tratado de servidumbres personales, que enumeramos en el Título anterior, exponiendo la de *uso* en los términos siguientes:

§ inicial. *Iisdem istis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet; iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus desinit.*

§ 1. *Minus autem scilicet juris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, lignis ad usum quotidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit, nec ulli alii jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest cum is, qui usumfructum habet, potest hæc omnia facere.*

§ 2. *Item is, qui ædium usum habet, hactenus juris habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc jus ad alium transferre potest, et vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat. Et* (1) *cum uxore sua liberisque suis, item libertis, nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat* (2), *et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat* (3).

§ 3. *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum operis atque*

(1) C. *sed.* (2) C. *habet.* (3) C. *licet.*

ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est et in jumento (1).

§ 4. *Sed si pecoris vel ovium* (2) *usus legatus fuerit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

No da el texto una definicion concreta del *uso*, como la dió del usufructo: en su lugar nos dice vagamente que es menor el derecho en el uso que en el usufructo; y á continuacion describe los derechos del usuario en cinco casos especiales. Necesitamos, pues, determinar la naturaleza de esta servidumbre y generalizar su doctrina.

Figuran en el Digesto, al frente de la materia, un fragmento de Gayo y otro de Ulpiano, que precisan con claridad la naturaleza del uso: *Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu... cui usus relictus est, uti potest, frui non potest* (3). Luego la servidumbre personal de uso consistía en el *derecho de servirse de una cosa ajena, conservando su sustancia, pero sin percibir fruto alguno.*

2.° En qué se diferencia del usufructo.

Segun la definicion que hemos dado, el uso se diferencia del usufructo:

1.° En que sólo confiere la facultad de usar, nó la de disfrutar; pero la de usar en toda su extension, sin concretarse á las necesidades del usuario, *plenum usum. omnem usum* (4).

2.° En que la facultad de usar debe ejercitarla por sí mismo, sin poder cederla á otro; porque el uso varía segun las condiciones personales del usuario (5).

3.° En que es indivisible; porque no tiene por objeto los frutos que pueden concederse en parte, sino un hecho que no admite division: *nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus* (6). De lo cual resulta que no puede constituirse ni perderse parcialmente.

Tal fué en principio la servidumbre de uso; pero no pudo aplicarse inflexiblemente á todos los objetos. En primer lugar, hay cosas en que no cabe separar el uso del fruto, cuales son todas las consumibles; de manera que, respecto á ellas, conceder el uso era conceder el usufructo, ó sea el cuasi usufructo (7). Por otro lado, áun de las cosas no con-

(1) C. *jumentis.*
(2) C. *si pecorum veluti pecorum.*
(3) D., VII, 8, 1 y 2.
(4) D., VII, 8, 1, pr., § 1 y 3.
(5) D., VII, 8, 11; id. id., 12, § 6; id. id., 14, pr.
(6) D., VII, 8, 19.
(7) D., VII, 5, 5, § 2; id. id., 10, § 1.

sumibles una gran parte son de tal naturaleza que su mero uso, ó no produciría utilidad alguna, ó sería bien insignificante: en las primeras, v. gr., un monte tallar, se otorgaron al usuario las mismas ventajas que al usufructuario (1); en las segundas, se prorogan las facultades del usuario á percibir los frutos que necesitase para sí y su familia. Esta mayor extension que el uso recibió, fué obra de la jurisprudencia fundada ya en que no era de suponer que se hubiera constituido una servidumbre vana en sus resultados, ya en que debían interpretarse con prudente latitud las últimas voluntades donde con mayor frecuencia se establecían las servidumbres personales (2).

Veamos ahora comprobada esta doctrina general en la legislacion casuística que presenta el texto.

3.° Casos especiales comprendidos en las instituciones.

Uso de un fundo. El mero uso daría únicamente facultad para morar en el fundo sin perjudicar al dueño ni á los cultivadores, utilizando la casa que en él hubiera con sus dependencias; y así lo entendía Nerva. Pero como semejante derecho ninguna utilidad produciría, sobre todo cuando el fundo careciese de construcciones, Sabino, Casio, Labeon, Próculo y Paulo juzgaban que podría tomar de los frutos nacidos en la heredad la cantidad necesaria para sí, su familia, convidados y huéspedes, ya consumiéndolos en el mismo predio, ya llevándolos á su casa para la provision anual, por más que absorbiese cuanto la finca produjera: todo, segun la categoría del usuario, y sin especular con los frutos (3). Por lo demas, el usuario no podía impedir que el dueño cultivase el campo, pues sería privarle de la facultad de disfrutar (4); ni que colocase guardas que velasen por la integridad de la finca (5).

Uso de una casa. El usuario puede vivir en la casa; y aunque no necesite de toda ella, puede impedir que el dueño utilice la parte sobrante (6). Como este derecho prestaba suficiente utilidad, no se extendió á percibir fruto alguno; y

(1) D., VII, 8, 22, pr.

(2) D., VII, 8, 12, § 2; L, 17, 12. Esto ha dado lugar á que, tomando por regla general lo que sólo era una excepcion, se haya definido el uso *derecho de percibir de una cosa ajena los frutos que necesite el usuario y su familia:* definicion que limita y extiende á la vez la nocion de esta servidumbre y no se adapta á todos los objetos cuyo usó puede concederse, v. gr., los consumibles.

(3) D., VII, 8, 10, § 4; id. id., 11 y 12, § 1; id. id., 15, pr.

(4) D., VII, 8, 15, § 1.

(5) D., VII, 8, 16, § 1.

(6) D., VII, 8, 22, § 1.

por tanto no le era lícito arrendarla ni cederla: todo lo más que con el tiempo se admitió fué que, ocupándola el mismo usuario, pudiese tener consigo á su familia, ciertos parientes y servidores, y áun ceder parte de sus estancias á persona extraña (1).

Uso de un esclavo. Tambien queda limitada á los principios generales esta servidumbre por idéntico motivo que la anterior. Pueden utilizar los servicios del esclavo el usuario, su mujer y descendientes, y ocuparle en obras cuya confeccion hayan tomado por su cuenta; pero nó trasferir á un tercero este derecho (2). Todo lo que adquiere el esclavo por mandato ó manejando intereses del usuario, entra en el dominio de éste (3).

Uso de animales. Se halla en el mismo caso que el uso de la casa y del esclavo. Puede el usuario emplearlos en todos los servicios para que sean aptos, y áun cederlos en alquiler si tal es la industria que ejerce el usuario y lo sabía el testador; porque se presume que le autorizó para ello (4).

Uso de ganados. Las Instituciones aceptan el dictámen de Labeon, que sólo concedía al usuario de un rebaño servirse de él para estercolar su campo, sin aprovecharse de la leche, lana y crias, porque son frutos; pero Ulpiano sostiene que puede tomar alguna leche, *modico lacte* (5). Debió ser muy rara la constitucion de este uso cuando tan escasos fragmentos se ocupan de él; y creemos que si se hubieran presentado con mayor frecuencia casos de este género, los derechos del usuario habrían llegado á cuanto pudiera bastar para sus necesidades: de lo contrario, en pocas ocasiones sería verdaderamente útil.

4.° Obligaciones del usuario.

Las obligaciones del usuario se equiparan á las del usufructuario. Debe pues:

1.° Prestar caucion de que usará de la cosa como un buen padre de familias (6), y á la vez puede impedir que el dueño haga nada que perturbe el uso concedido ó trasforme la cosa, aunque sea para mejorarla (7).

2.° Contribuir á reparar el objeto en proporcion á la utilidad que de él reporte; de manera que si al dueño ninguna ventaja le queda, la reparacion es del usuario (8).

(1) D., VII, 8, 2, § 1; id. id., 3, 4, 5, 6, 7 y 8.
(2) D., VII, 8, 9, y 12, § 5 y 6.
(3) D., VII, 8, 14, pr.; id. id., 16, § 2; id. id., 20.
(4) D., VII, 8, 12, § 3 y 4.
(5) D., VII, 8, 12, § 2.
(6) D., VII, 9, 5, § 1; id. id., 11.
(7) D., VII, 8, 23.
(8) D., VII, 8, 18.

II.

SERVIDUMBRE DE HABITACION.

1.° NATURALEZA DE ESTA SERVIDUMBRE.

Segun dijimos al comenzar el Título 3.° de este Libro, siempre que el dueño grava su propiedad con la prestacion de servicios determinados, se constituye una servidumbre; y como los servicios que una cosa puede prestar son innumerables, lo eran tambien las servidumbres. Ahora bien, cuando el propietario expresa con claridad el servicio que otorga, no procede más sino respetar su voluntad; pero cuando ese servicio aparece indeterminado, necesita fijarse por jurisprudencia la extension que debe tener. Esto último sucedió precisamente con la servidumbre de que nos ocupamos. Hubo casos en que se otorgaba el *derecho de habitacion* sin más explicaciones: natural era que surgiesen dudas y varios pareceres sobre los derechos que entrañaba semejante concesion. Un fragmento de Ulpiano y el preámbulo de la constitucion á que se refiere el texto, nos manifiestan la diversa naturaleza que se le atribuyó: para algunos, trasmitía la propiedad sobre la casa; y para otros, equiparándole ora al usufructo, ora al uso, únicamente la facultad de habitarla: entre éstos, quiénes opinaban que el derecho no se extendía más allá de un año; y quiénes que duraba toda la vida: por último, no estaban conformes en si el favorecido habría de usar por sí mismo la habitacion ó podría darla en arriendo (1). Justiniano declaró en la constitucion referida que el derecho de habitacion no trasfiere la propiedad, si no se justifica de un modo evidente que fué tal la voluntad de quien le concedió; y en el presente párrafo, que es un derecho distinto del uso y del usufructo. Conforme á estas declaraciones y demas doctrinas recibidas, el derecho de habitacion es una servidumbre personal que confiere *el derecho de morar en casa ajena ó darla en arriendo, pero nó cederla gratuitamente*.

2.° EN QUÉ SE DIFERENCIA DEL USUFRUCTO Y DEL USO.

Tiene de comun con estas servidumbres el derecho de habitar la casa y el deber de prestar caucion (2); pero se diferencia, ya de ambas, ya de cada una de ellas, en lo siguiente:

De ambas. 1.° En que cuando se ha concedido por mera

(1) D., VII, 8, 10, pr. y § 1, 2 y 3. — C. III, 33, 13. (2) D., VII, 9, 5, § 3; id. id., 11.

donacion *inter vivos* ó á voluntad del otorgante, puede ser revocado por los herederos de éste (1). 2.° En que para transigir acerca de este derecho, se necesita la intervencion del magistrado, á fin de evitar que se renuncie con ligereza por el incentivo de una remuneracion mezquina (2), pues se reputa parte de los alimentos (3). 3.° En que no se pierde por dejar de usarle ni por la capitisdiminucion (4); pues más bien que una desmembracion de la propiedad, es un auxilio caritativo que se presta al concesionario, *quia in facto potius, quam in jure, consistit* (5).

De cada una de ellas. El ejercicio del derecho puede traspasarse en el *usufructo* por cualquier título: en el *uso*, por ninguno: en la *habitacion*, nó gratuitamente, pero sí en arriendo, porque considerándose parte de alimentos, es igual que se utilice de la casa ó del precio del arriendo (6).

III.

SERVIDUMBRE DE LOS SERVICIOS DE ESCLAVOS Y ANIMALES.

1.° NATURALEZA DE ESTA SERVIDUMBRE.

Las Instituciones no mencionan esta clase de derecho: el Digesto le consagra un breve título (7) y algun pasaje aislado. De todo aparece que consistia en el *derecho de aprovechar los servicios que pudieran prestar los siervos ó animales, objeto de la concesion, bien utilizándolos el mismo concesionario, bien alquilándolos.*

2.° EN QUÉ SE DIFERENCIA DEL USUFRUCTO Y DEL USO.

Aunque el jurisconsulto Terencio equipara esta servidumbre á la de uso (8), y como ella es indivisible (9), se diferencia del *uso* en que puede cederse á título oneroso su ejercicio (10); y del *usufructo*, en que sólo atribuye facultad para utilizar los servicios, cual sucede en el uso (11). Como en ambas, debe prestarse caucion (12); pero difiere de ellas en que no se extingue por dejar de usarla, ni por la capitisdiminucion, ni áun por la muerte segun la opinion general. Acerca

(1) D., XXXIX, 5, 27 y 32.
(2) D., II, 15, 8, § 1.
(3) D., XXXIV, 1, 6 y 23.
(4) D., VII, 8, 10, pr.
(5) D., IV, 5, 10.
(6) D., VII, 8, 10, pr.—C. III, 33, 13.
(7) D., VII, 7.
(8) D., VII, 7, 5.
(9) D., XXXV, 2, 1, § 9.
(10) D., XXXIII, 2, 2.
(11) D., XXXV, 2, 1, § 9.
(12) D., VII, 9, 5, § 3.

de este último caso, dice Papiniano: *Et quia legatarius fructuarius non est, ad hæredem suum operarum legatum transmittit; sed servo usucapto legatum perit* (1), de cuyo fragmento se ha inferido que la servidumbre no termina sino cuando muere el esclavo ó el animal, ó es usucapido el esclavo; pero, como semejante doctrina es tan opuesta á la naturaleza de las servidumbres personales, que se extinguen con la muerte del sujeto á quien se concedieron, entienden algunos el pasáje en el sentido de que el derecho se trasmite á los herederos del legatario, cuando éste fallezca sin adquirir el legado, contra lo que sucede en el usufructo; de todos modos, presenta una desviacion muy notable de los principios generales.

Concluida la materia de servidumbres, pone fin á este Título un párrafo cuyo objeto es demostrar la relacion que guardan las doctrinas expuestas con las que van á seguir. Dice así:

§ 6. *Hæc de servitutibus et usufructu et usu et habitatione dixisse sufficiat. De hæreditate autem et de obligationibus suis locis proponemus.*

Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili jure acquiruntur.

En el § 11 del Título primero dijeron las Instuciones que unos modos de adquirir el dominio procedían del derecho natural, y otros del civil (pág. 287). Trataron á seguida de los primeros; y en lugar de pasar á los segundos, se ocuparon de las cosas incorpóreas, mencionando como tales las servidumbres, herencia y obligaciones. Vino el tratado de servidumbres, que acabamos de examinar; pero en vez de continuar el de herencias y obligaciones, recuerdan que habían quedado sin exponer los modos civiles de adquirir, y nos advierte el párrafo que serán objeto de los Títulos siguientes, dejando para despues las herencias y obligaciones.

Consiguiente á este propósito, y siendo los modos civiles ya singulares, ya universales, empiézase en el Título inmediato por los singulares, cuyo tratado se interrumpe á su vez para exponer las sucesiones testamentarias como preliminar de los legados y fideicomisos singulares (pág. 289). El órden es bien defectuoso; pero necesitamos conocerle y tenerle presente.

(1) D., XXXIII, 2, 2.

TÍTULO VI.

DE LAS USUCAPIONES Y POSESIONES DE LARGO TIEMPO.

1.° Naturaleza y fundamento de este modo de adquirir.—2.° Su historia en Roma.—3.° Usucapion ó prescripcion ordinaria: condiciones que requiere.—4.° Usucapiones ó prescripciones extraordinarias: en qué casos se necesitan.

1.° NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE ESTE MODO DE ADQUIRIR. Influye poderosamente en la adquisicion y pérdida de los derechos la circunstancia de que los ejercitemos ó nó. Un derecho adquirido con algun vicio, ó cuya adquisicion no podemos justificar, llega á obtener la proteccion de la ley si continuamos ejercitándole por el tiempo que, segun las circunstancias, exige aquélla: viceversa, un derecho legítimamente adquirido y cuya adquisicion podemos acreditar, le perdemos cuando no lo ejercitamos durante el plazo legal. En el primer caso se dice que hay *prescripcion adquisitiva*: en el segundo, *prescripcion extintiva.*

Refiérese este Título á la prescripcion adquisitiva, como medio de adquirir el dominio, en cuya acepcion la define Modestino *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (1).

Los efectos de la prescripcion adquisitiva son:

1.° Rechaza toda impugnacion contra las adquisiciones en que haya mediado algun vicio. Tres son principalmente los vicios que pueden mediar en la adquisicion de un objeto: 1.° Falta de derecho en el que trasmite; como sucede cuando no es dueño, ó aunque lo sea no puede enajenarle. 2.° Falta de derecho en el que le recibe; v. gr., si aceptamos una manda revocada por disposicion posterior cuya existencia ignorábamos. 3.° Falta de susceptibilidad en la cosa para ser adquirida por el modo con que lo ha sido; tal ocurre cuando ocupamos en concepto de *nullius* una cosa que tiene dueño. En todos estos casos, la ley no respeta desde luego una adquisicion que es viciosa, sino que por el contrario facilita al perjudicado recursos para hacer valer su derecho; pero es á la vez indispensable que estas reclamaciones deban aducirse dentro de un prudente plazo, más allá del cual no se permitan.

(1) D., XLI, 3, 3.

2.° Constituye título suficiente de propiedad. La falta de solemnidad con que se verifican las trasmisiones de los objetos, ya por su naturaleza como sucede en los muebles, ya por su escasa importancia, como acaece en los raíces de poco valor, hace que muchas veces no exista un título con el que el dueño acredite su derecho. Aun en el caso de haber mediado formalidades cuando tuvo lugar la trasmision, mil vicisitudes hacen que se ignoren, pierdan ó destruyan los medios de prueba, en términos que la mayoría inmensa de los propietarios, con dificultad podrían exhibir de sus fincas una titulacion que se elevase á tiempos muy remotos.

Tal es el doble objeto de la prescripcion. Abolirla equivaldría á suprimir la propiedad; porque sin el auxilio de aquélla no podría ésta justificarse. Sólo la prescripcion nos da tranquilidad sobre lo que poseemos, colocándonos al abrigo de toda reclamacion: sin ella ni adquiriríamos con seguridad, ni poseeríamos sin inquietud. Por eso dice Gayo: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent: cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (1); y Neracio: *Usucapio rerum... constituta est, ut litium finis esset* (2).

Aparte de la necesidad que justificaría por sí sola esta institucion, apóyase en otro fundamento de distinto género. Si debe respetarse la dominacion del hombre sobre los objetos de la naturaleza en cuanto son medios para realizar sus múltiples fines, no merece ese respeto el dueño que los tiene abandonados, impidiendo de esta manera que puedan servir á los fines propios y extraños.

De lo expuesto resulta: 1.° Que la prescripcion es indispensable y justa, siempre que para reclamar sus derechos conceda la ley al propietario un término, cuyo lapso acredite marcada negligencia: 2.° Que es un modo civil y singular de adquirir: *civil*, porque no es una institucion del derecho *absoluto*, sino del *determinado* por el Estado, que no puede ménos de adoptarla, fijando el tiempo y las condiciones bajo las cuales se convierte en dueño el poseedor (3); *singular*, porque solamente atribuye derecho de propiedad sobre los objetos poseidos, y el adquirente no sucede en la personalidad jurídica de aquel á quien pertenecieron (pág. 288).

(1) D., XLI, 3, 1.
(2) D., XLI, 10, 5, pr.
(3) *Prolegómenos*, págs. 29 y 75.

2.° Su historia en Roma.

§ inicial. *Jure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit; vel ex donatione, aliave qua* (1) *justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit* (2), *ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hæc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis præcedente, acquirantur.*

Durante los primeros siglos no bastaba que el trasmitente fuera propietario y el adquirente capaz del dominio romano (pág. 284); pues tratándose de cosas *mancipi*, era indispensable verificar la trasmision empleando la *mancipatio* ó la *in jure cessio*, procedimientos que el pueblo autoriza por medio de sus representantes (3). Cuando no intervenía una de estas solemnidades, ó si se adquiría con buena fe (4) de per-

(1) C. *quavis.*
(2) C. *sedit.*
(3) *Historia*, pág. 136.
(4) Gayo nos habla de tres casos en los cuales podían usucapirse cosas que el poseedor supiera eran ajenas:
1.° Por un año, los objetos pertenecientes á una herencia de la cual no hubiera obtenido posesion el heredero, aunque fuesen inmuebles; porque la herencia no estaba comprendida entre las cosas para cuya usucapion exigían dos años las XII Tablas. Llamábase *pro hærede* ó *ucrativa* esta usucapion, y tenía por fin el que no se retardase la adicion de la herencia para que hubiera persona que continuase los sacrificios y de quien pudieran reclamar los acreedores. Hoy se supone que sería un medio de facilitar la herencia á los cognados, excluidos de ella por el derecho antiguo. Cierto senadoconsulto del tiempo de Adriano facultó al heredero para reclamar contra semejante usucapion; y los emperadores posteriores la consideraron delito, *crimen expilatæ hæreditatis.* Gayo, II, 52 á 58.—D., XLVII, 19.—C. IX, 32.
2.° El que había dado una cosa *mancipio fiduciæ causa* ó cedido *in jure*, pero continuaba poseyéndola, usucapía por un año, fuera el objeto mueble ó inmueble, siempre que pagase al acreedor si con él había mediado el negocio. Esta usucapion se llamaba *usureceptio*, porque se recibía por ella lo que ántes ya era propio. Gayo, II, 59 y 60.
3.° Cuando el pueblo vendía una cosa que le estuviese obligada, si el dueño de ella continuaba poseyéndola durante dos años cuando era raíz, verificaba la usucapion denominada *usureceptio ex prædiatura*, cuyo nombre recibía porque se llamaba *prædiator* el que compraba un objeto al pueblo. Gayo, II, 61. De suponer es que sería indispensable satisfacer préviamente al fisco ó al comprador, como en el caso anterior. D., XVIII, 5, 9.

sona que no era dueño, quedaba subsanado el defecto mediante la *usucapio (capio usu)*, poseyendo sin interrupcion dos años las cosas raíces y un año las demas, ya que el pueblo ratificaba con su silencio los derechos del poseedor *(usus auctoritas)*. Tal fué el principio sancionado en la ley decenviral: *Usus auctoritas fundi biennium esto, cæterarum rerum annuus usus esto;* y aunque el texto literal comprendía solamente los fundos, es decir, los predios rústicos, la interpretacion le extendió á los urbanos (1).

La *usucapio* era institution del *jus civile*, propia de los ciudadanos y aplicable solamente á las cosas susceptibles de dominio romano. Mas llegó una época en que ya no fué posible desconocer por completo el derecho al extranjero, ni mantener rigurosamente en la práctica la profunda separacion entre los predios itálicos y provinciales (pág. 284 y sig.); y el Pretor y los Gobernadores crearon, ó quizá la encontraron ya creada en las provincias, otra institucion, la *præscriptio longi temporis* (2), mediante la cual amparaban sin distincion de personas ni de predios á todo el que llevase poseyéndolos largo tiempo. La proteccion consistía en otorgar al poseedor una defensa contra el dueño que reivindicara el fundo poseido: el plazo debió fijarse por las constituciones imperiales en diez años entre presentes y veinte entre ausentes (3). Desde entónces coexisten en el Imperio romano dos instituciones que responden á un mismo principio, que tratan de satisfacer igual necesidad social, y sin embargo producen efectos distintos que progresivamente se irán equiparando hasta llegar á ser idénticos: es la transicion del *jus civile* al *jus gentium*. La *usucapio*, creacion de la ley, daba el dominio al poseedor que hubiese adquirido con buena fe de quien no era dueño, y convertía en *quiritario* el dominio simplemente *bonitario* que se tenía sobre las cosas *mancipi* cuando se habían trasmitido sin mediar la *in jure cessio* ó la *mancipatio* (4); de manera que no sólo podía oponerse á la reclamacion que contra él se dirigiera, sino vindicarla de cualquier otro poseedor: la *præscriptio*, introducida por el magistrado, no era propiamente

(1) Gayo, II, 41 á 44.—Ulpiano, XIX, 8.—Ciceron, *Topica*, 4.—Id., *Pro Cæcina*, 19.

(2) Llamábanse *præscriptiones* (de *præ scribere*) las restriciones, advertencias ó prevenciones que el magistrado escribía á la cabeza de la *fórmula*, bien á peticion del demandante, bien del demandado, con el objeto de que el juez se limitase en el primer caso á conocer del negocio en los términos que la *præscriptio* indicaba, y en el segundo conociese préviamente de la *præscriptio* sin entrar en la cuestion principal, Gayo, IV, 130 á 137.

(3) D., XVIII, 1, 76, § 1.

(4) Gayo, II, 41.

un modo de adquirir, sino un medio de oponerse á la reclamacion del dueño. La *usucapio* confería el dominio, gravado con las cargas á que estuviese sujeto, de suerte que los acreedores podían ejercitar sus derechos contra el nuevo propietario (1); la *præscriptio* enervaba tanto la accion del dueño como la de los que, teniendo un derecho sobre la cosa, no le hubieran ejercitado durante los diez ó veinte años (2). Finalmente, siendo la *usucapio* adquisicion por el uso, no era interrumpida por la demanda del dueño, en tal manera que si el plazo de la usucapion se completaba durante el pleito, confería, sin embargo, el dominio: consistiendo viceversa la *præscriptio* únicamente en un medio de oponerse á la peticion del dueño, no podía utilizarse si no estaba completa al empezar el procedimiento, que era cuando debía oponerse.

Semejante dualismo no podía conservarse en un pueblo cuyas condiciones habían esencialmente variado. Todos los súbditos llegan á ser ciudadanos, y las conquistas de los bárbaros disminuyen considerablemente el número de los predios itálicos. Justiniano, que consuma la unidad jurídica borrando toda diferencia entre dominio quiritario y bonitario, entre predios itálicos y provinciales (pág. 286), no podía mantener como distintas dos instituciones basadas en aquellas diferencias. Funde, pues, en una sola institucion la *usucapio* y la *præscriptio*, disponiendo en resúmen: 1.º Que se adquiera el dominio poseyendo de buena fe y con justo título un objeto susceptible de ser usucapido á los tres años si es mueble, y á los diez ó veinte si es inmueble: 2.º Que teniendo buena fe, la falta de alguna de las restantes circunstancías se suplirá con la posesion de treinta ó más años, segun los casos: 3.º Que si falta la buena fe, no se adquirirá el dominio; pero á los treinta años de posesion habrá derecho para repeler la accion del propietario.

De aquí resultan dos clases de usucapion ó prescripcion: una que se verifica por el plazo comun de tres, diez ó veinte años, y otra que exige mayor término: á la primera llamamos *ordinaria*, y á la segunda *extraordinaria*. Las examinarémos por su órden.

3.º Usucapion ó prescripcion ordinaria: condiciones que requiere.

Denominamos usucapion ó prescripcion ordinaria la adquisicion del dominio poseyendo con buena fe, justo título y sin

(1) D., XLI, 3, 44, § 1. (2) D., XLIV, 3, 12.

interrupcion tres años las cosas muebles, diez entre presentes y veinte entre ausentes las inmuebles.

Las condiciones que requiere se hallan comprendidas en este verso latino: *Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*; y como quiera que es próximamente el órden con que las enumera Justiniano, le seguirémos en la exposicion.

(A) *Res habilis.*

§ 1. *Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possiderit non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat.*

§ 2. *Furtivæ quoque res, et quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim Tabularum et lex Atinia inhibit usucapionem: vi possessarum lex Julia et Plautia.*

§ 3. *Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habet. Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonæ fidei possessori usucapio competat. Nam qui alienam rem vendidit* (1), *vel ex alia causa tradidit* (2), *furtum ejus committit.*

§ 4. *Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam, si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est, quippe ea* (3) *res in furti vitium non ceciderit, cum utique hæres, qui bona fide tamquam suam alienarerit, furtum non committit.*

§ 5. *Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit, aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.*

§ 6. *Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*

§ 7. *Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expeditius procedit. Ut, si quis loci vacantis possessionem, propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur. Qui, quamvis ipse mala fide possidet (quia intellegit, se alienum fundum*

(1) VULGO nam qui SCIENS alienam.
(2) C. vendit... tradit.
(3) C. quippe cum ea res.

occupasse), tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri, quia neque furtivum, neque vi possessum accepit (1), *abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium etiam fundi locive furtum fieri, et eorum* (2), *qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.*

§ 8. *Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest: veluti si in domini potestatem reversa fuerit. Tunc enim, vitio rei purgato, procedit ejus usucapio.*

§ 9. *Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bona fide emptorem sibi traditam rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius, et divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

§ 10. *Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bona fide emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.*

A pesar de que consagran las Instituciones diez párrafos á enumerar los objetos no susceptibles de usucapion, ni los comprenden todos, ni los clasifican, dando lugar á que se forme la idea de que todos los expresados se hallan en idéntico caso. Para evitar desde un principio conceptos equivocados, distinguirémos la incapacidad que las cosas tienen de ser usucapidas en tres clases: *absoluta perpetua*, *absoluta temporal* y *respectiva*.

(a) *Absoluta perpétua.* Impide constantemente la usucapion tanto ordinaria como extraordinaria. Sólo de las cosas que tienen semejante incapacidad puede decirse en absoluto que no les es aplicable en manera alguna el modo de adquirir por usucapion. Tales son las *sagradas*, *religiosas*, *santas*, *comunes*, *públicas* y la *libertad del hombre*. Sobre esta última declara Constantino que no se mengua por el simple transcurso del tiempo, aunque éste fuera el de sesenta años; mas de aquí no debemos inferir que por un plazo mayor pudiera reducirse el hombre á la esclavitud, sino que el Emperador mencionó los sesenta años, doble término de la prescripcion extraordinaria, para expresar enérgicamente que la libertad era imprescriptible (3).

(b) *Absoluta temporal.* Resiste, como la anterior, toda

(1) C. acceperit.
(2) Vulgo eorum utilitati.
(3) Gayo, II, 48.—D., XLI, 3. 9 y 45, pr.

clase de usucapion ; pero tan sólo miéntras desaparece la circunstancia accidental que impide usucapir. Hállanse en este caso:

Los objetos adquiridos de personas á quienes está prohibido enajenar, miéntras subsista la prohibicion (1).

Los que pertenecen á persona que está bajo tutela ó curaduría y que han sido enajenados sin observar las solemnidades legales, miéntras permanezca en la incapacidad (2).

Los correspondientes al peculio adventicio de los descendientes, miéntras éstos continúen bajo la patria potestad (3).

Los dotales, miéntras subsista el matrimonio (4): pero no si la posesion del tercero comenzó ántes de constituirse la dote (5).

Los sujetos á reserva, miéntras viva el cónyuge que los posee (6).

Los legados que el heredero debe entregar, miéntras no llega la época de su pago (7).

Las cosas litigiosas, miéntras dura el procedimiento (8).

Los materiales empleados en una construccion, miéntras ésta permanece en pié (9).

Las cosas que han sido materia de uno de los delitos siguientes; miéntras no vuelvan á poder de su dueño (10):

1.° Las muebles hurtadas ó robadas; incapacidad sancionada por la ley de las XII Tablas, y que reprodujo la ley Atinia en 557 (11): entre ellas se cuenta el esclavo fugitivo, que se roba á sí mismo (12). A primera vista parece que este vicio acompaña á todas las cosas muebles, porque habrá hurto siempre que salgan de poder del dueño sin su voluntad: Justiniano, siguiendo á Gayo, pone varios ejemplos en los que se dispone de cosas muebles ajenas sin que medie hurto ni robo (13).

2.° Las inmuebles, ocupadas con violencia, aunque estuvieran en manos de un poseedor de mala fe (14), segun la ley *Plautia* y la *Julia* del tiempo de Augusto (15). En estas es mucho ménos frecuente que las acompañe el vicio, porque puede llegarse á ocupar un inmueble que se halle entera-

(1) D., XLI, 3, 12.—L, 16, 28.
(2) C. II, 41, 5; VII, 39, 3.
(3) C. VI, 60, 1; id. 61, 4; VII, 40, 1, § 2.
(4) C. V, 12, 30.
(5) D., XXIII, 5, 16.
(6) Nov. XXII, cap. 23 y 24; XCVIII, cap. 1.
(7) C. VI, 33, 3, § 3.
(8) C. VIII, 37, 2 y 4.
(9) D., VI, 1, 23, § 5 y 7.
(10) D., XLI, 1, 48, pr.
(11) GAYO, II, 45 y 49.—D., XLI, 3, 4, § 6 y sig.
(12) D., XLVII, 2, 60.—C. VI, 1, 1.
(13) GAYO, II, 50.—D., XLI, 3, 36.
(14) D., XLI, 3, 4, § 23.
(15) GAYO, II, 45 y 49.

mente abandonado, y el hurto no tiene lugar en las cosas raíces (1).

3.° Las que han servido para sobornar á un funcionario público; disposicion adoptada por la ley *Julia repetundarum* (2).

Para que se entendiera purgado el vicio, era indispensable que el objeto volviese á poder del verdadero dueño (3), y que éste la recibiera como cosa propia que le había sido robada (4).

(c) *Respectiva.*

La tienen aquellas cosas que no pueden ser usucapidas á los tres, diez ó veinte años; pero sí mediante una posesion más dilatada.

Se hallan en este caso los bienes del fisco cuando han sido ya denunciados, como dice el § 9; los patrimoniales del príncipe, de los pueblos, iglesias y establecimientos de beneficencia; y en general, segun las disposiciones de Justiniano, todos los que adquiere un poseedor de buena fe, aunque tengan vicio, si no media una prohibicion especial: reforma trascendental y beneficiosa cuyo objeto es dar estabilidad á la propiedad.

(B) *Titulus.*

Título es el hecho por virtud del cual nos consideramos legalmente autorizados para poseer una cosa en calidad de dueños.

Este hecho procede unas veces *de los particulares*, cuales son los contratos y disposiciones *mortis causa*, en que se nos trasfiere alguna cosa; otras, *de la autoridad judicial*, v. gr., la adjudicacion por resultado de un juicio divisorio; algunas, finalmente, *de nadie*, por la misma naturaleza de la cosa, tal es la adquisicion de los objetos *nullius*.

Para la usucapion ordinaria se necesita que el título sea *justo*, y además, por regla general, *verdadero y válido*. *Justo* no quiere decir que el título ó causa de nuestra adquisicion sea conforme á los preceptos de la moral; sino que tenga en sí mismo la eficacia bastante para adquirir ó trasladar el dominio, *quo dominia quæri solent* (5); de suerte que produciría inmediatamente este resultado si no lo impidiesen las circunstancias de las personas ó de las cosas cuyo vicio está llamado á borrar la usucapion (pág. 393). *Verdadero*,

(1) Gayo, II, 51.

(2) D., XLVIII, 11, 8.

(3) D., XLI, 3, 4, § 6 y sig.; 32, pr.; 41 y 42; id., 4, 5 y 7, § 3; XLVII, 2, 84.

(4) D., XLI, 3, 4, § 12; id., id., 41; id. 4, 7, § 7; XLVII, 2, 86.

(5) C., VII, 14, 6.

esto es, que debe existir realmente, sin que baste la creencia equivocada de que tuvo lugar el hecho en virtud del cual nos creemos dueños. *Válido*, porque si la causa de nuestra adquisicion adolece de nulidad, es como si no existiese.

Tales son los principios. Ahora resumamos la doctrina concreta que el Digesto y Código exponen acerca de cada uno de los títulos, y verémos que si en la justicia del título es inflexible, dista mucho de serlo en la verdad y validez del mismo.

1.° *Pro emptore*. Es título bastante para la usucapion (1). No es suficiente cuando sólo tenemos la falsa crencia de que se ha comprado (2), ó se nos entrega un objeto distinto del convenido (3), ó si el objeto no formaba parte de los vendidos (4). Pero basta cuando *nullam causam erroris emptor habeat*; v. gr., si el procurador ó siervo, á quien dí encargo de comprar una cosa, me la entrega persuadiéndome de que la ha comprado (5): ó si compro de un furioso creyéndole cuerdo (6).

2.° *Pro hærede*. El título *pro hærede* no es bastante *per se* para la usucapion ordinaria. Desde luego, la herencia en conjunto no es objeto de la usucapion (7). Si descendemos á los objetos singulares que la constituyen, ó los poseía el difunto á nombre propio, ó á nombre ajeno: en ambas hipótesis continuará el heredero poseyéndolos bajo igual concepto que aquél, porque la posesion del heredero no es sino continuacion de la que tenía el finado, y *nemo sibi causam possessionis mutare potest* (pág. 268); de manera que en el primer caso seguirá usucapiendo por el mismo título de su antecesor, y en el segundo no podrá usucapir, como no podía su causante.

De aquí resulta que el título *pro hærede* sólo puede alegarse cuando se estima equivocadamente que existe, ya respecto á la persona, ya respecto á la cosa. Por la persona, para usucapir cosas que formaban parte de una sucesion á la cual se creyó llamado sin serlo; porque en realidad no es verdadero sucesor (8). Por la cosa, cuando el verdadero sucesor se incauta de un objeto que no pertenecía á la herencia, creyéndole parte de ella; porque en la posesion de este objeto no sucede al difunto, quien nunca tuvo intencion de poseerle (9).

(1) C., VII, 26, 4.
(2) D., XLI, 4, 2, pr.
(3) D., XLI, 4, 2, § 6.
(4) D., XLI, 4, 2, § 7.
(5) D., XLI, 4, 11.
(6) D., XLI, 3, 13, § 1; id. 4, 2, § 16.
(7) Gayo, II, 54.
(8) D., XLI, 3, 33, pr. y § 1.
(9) D., XLI, 5, 3.

Finalmente, ni áun en estos casos procede la usucapion *pro hœrede* si vive el dueño de la cosa que se creia pertenecer al difunto (1), ó se ha recibido del verdadero sucesor creyendo que la persona á quien la entregaba era coheredero suyo, no haber sido por vía de transaccion (2).

3.° *Pro donato.* La donacion es título para usucapir (3) aunque se disfrace con el nombre de venta (4) ó se haga de una manera revocable (5). Pero no basta creer equivocadamente que ha mediado la donacion, sino ha existido en realidad (6). Necesita además ser donacion que el derecho no considere inválida, como la hecha por el padre al hijo ó por un cónyuge al otro, salvos los casos que la ley permite (7) ó en que con el tiempo adquieren validez (8).

4.° *Pro derelicto.* Siendo la ocupacion un modo de adquirir el dominio, es natural que constituya para usucapir título suficiente cuando aquél que abandona una cosa no era dueño de ella: y basta que la conceptuemos abandonada, aunque ignoremos quién la abandonó (9). Pero si en realidad no existiera semejante abandono, ninguna eficacia tendría la ocupacion, como vimos respecto de las cosas arrojadas para salvarse de un naufragio, etc. (10).

5.° *Pro legato.* Solamente puede usucapir en virtud del título *pro legato* aquél en cuyo favor se ha hecho un legado (11). Por lo demás, no importa que viva aún el verdadero dueño de la cosa legada, si el legatario cree que pertenecía al difunto que se la legó (12), ni que el heredero haya prescindido de entregarla si el legatario adquirió su posesion de un modo no vicioso (13).

En general, no basta poseer como legada una cosa que realmente no lo ha sido (14): exceptúase sin embargo: 1.° Si fué legada en testamento, y despues se revocó el legado por codicilo cuya existencia era desconocida. 2.° Si habiendo varias personas de un mismo nombre, recibiese el legado la que el testador no se proponía favorecer (15).

6.° *Pro dote.* Ulpiano llama *titulus usucapionis justissimus* el hecho de recibir una cosa en dote, que equipara á la compra (16); y lo es en efecto bien se trate de cosas mue-

(1) D., XLI, 5, 1.
(2) D., XLI, 3, 29.
(3) D., XLI, 6, 1, pr.—C., VII, 27, 1.
(4) D., XLI, 6, 6.
(5) D., XXXIX, 5, 18, § 2.
(6) D., XLI, 6, 1, pr.
(7) D., XLI, 6, 1 § 1 y 2.
(8) D., XLI, 6, 1, § 2; id. id. 4.
(9) D., XLI, 7, 4.
(10) D., XLI, 7, 6.
(11) D., XLI, 8, 1.
(12) D., XLI, 8, 5 y 6.
(13) D., XLI, 8, 8.
(14) D., XLI, 8, 2 y 3.
(15) D., XLI, 8, 4 y 9.
(16) D., XLI, 9, 1, pr.

bles, raíces ó universalidades (1). Supone que exista realmente el matrimonio, sin que baste la opinion equivocada de su existencia; porque sin él, no hay dote (2). Cesa la usucapion por este título en el instante en que concluye el matrimonio (3).

7.° *Pro suo.* A continuacion de los títulos especiales que hemos reseñado, y son los más usados, insertan las Pandectas uno general, que abraza todos los casos.

El título *pro suo* puede alegarle todo aquél que se reputa dueño de la cosa poseida, ya por uno de los títulos anteriores, venta, donacion, dote, etc. (4), ya por otro de los no expresados que la ley reconozca eficaces para conseguir el dominio, v. gr., la transaccion (5), la adjudicacion en juicio divisorio (6), etc.

Pero; ¿le tendrá igualmente todo el que posee una cosa en la persuasion de ser suya, por más que el título en el cual funda su derecho no haya existido, ó sea nulo? Las Instituciones contestan negativamente en el

§ 11. *Error autem falsæ causæ usucapionem non parit. Veluti si quis, cum non emerit, emisse se estimans, possideat; vel, cum ei donatum non fuerat* (7), *quasi ex donatione possideat.*

Muchas leyes tambien resuelven que no hay usucapion donde no precede un verdadero título (8). A pesar de todo, ya hemos visto al reseñar los diversos títulos, que en varios casos se dispensaba su validez y falta de existencia; y generalizándo ahora la doctrina, entendemos que el criterio romano sobre este punto se halla bien expresado en el siguiente pasaje de Neracio: *Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa, interim propter ea, quæ nostra existimaret, possideremus constituta est, ut litium finis esset. Sed id, quod quis cum suum esse existimaret, possiderit, usucapiet, etiam si falsa fuerit ejus existimatio: quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet: veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut ejus, cujus in locum hæreditario jure successi, emisse id falso existimem*: QUIA IN ALIENI FACTI IGNORANTÍA TOLERABILIS ERROR EST (9).

(1) D., XLI, 9, 1, § 1; id. id., 3,—C., VII, 28, un.
(2) D., XLI, 9, 1, § 4.
(3) D., XLI, 9, 1, § 3.
(4) D., XLI, 10, 1 y 2.
(5) C., VII, 26, 8.
(6) D., XLI, 3, 17.
(7) C., *fuerit*.
(8) D., XLI, 3, 27.—C. VII, 29, 4, etc.
(9) D., XLI, 10, 5.

Infiérese de todo: 1.° Que, en principio, no basta para usucapir que el poseedor esté persuadido de que la cosa *es suya*: se necesita que esa persuasion se apoye en la existencia real de un título determinado que la preceda y en el cual se funde; pues de lo contrario habría justo título siempre que mediara buena fe, y no serían dos condiciones distintas, sino una sola y misma condicion. 2.° Que á pesar de ser esta la regla general, puede usucapir todo el que adquiere la posesion fundada en un título cuya inexistencia ó falta de validez ignora por un error de hecho ajeno dispensable.

(C) *Fides.*

En todos los casos de usucapion hay un defecto que aquella subsana; pues, si ningun vicio existiese, nos haríamos verdaderos dueños en el momento de comenzar á poseer.

Ahora bien, es la buena fe la conviccion que abriga el poseedor de ser dueño de la cosa, porque ignora que su adquisicion tenga ninguno de aquellos vicios (1).

Segun esto, constituyen la buena fe un elemento positivo y otro negativo:

Es el primero la persuasion de ser dueño, que falta cuando el poseedor no está seguro de su derecho, v. gr., si juzga que no le es lícito usucapir el objeto segun las leyes (2), ó si adquirió bajo condicion y ésta no se ha cumplido todavía (3). Por este mismo principio, cuando se adquiere un objeto sabiendo que parte de él no correspondía al trasmitente, sólo se prescribe la parte respecto á la cual media buena fe, si esta porcion es conocida; y nada, si no se conoce; v. gr., se compra un fundo sabiendo que no todo él pertenece al vendedor, ó cierto número de esclavos constándonos que no todos ellos son de quien nos los vende: si conocemos la parte determinada del fundo que suponemos pertenecer al vendedor, ó individualmente los esclavos que reputamos suyos, podemos usucapir aquella parte del campo y este número de esclavos: pero si lo ignoramos, nada usucapimos, porque no tenemos conviccion de poseer como nuestro ningun objeto concreto (4).

El negativo consiste en la ignorancia del vicio que afecta á la adquisicion; pero debe tenerse presente: 1.° Que ha de versar sobre el *hecho*, nó sobre el derecho: *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat* (5). 2.° Que aun para excusar la de hecho, ha

(1) Gayo, II, 43.—D., XLI, 3, 48; id. 7, 4; id. 8, 4; L, 16, 109, etc.

(2) D., XLI, 3, 32, § 1.

(3) D., XLI, 4, 2, § 2.

(4) D., XLI, 2, 3, § 2 y 3; id. id. 26 y 34; id. 4, 4 y 6 § 1.

(5) D., XXII, 6, 4; XLI, 3, 31 pr.

debido prestarse una diligencia ordinaria: *sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet*, dice Paulo, *si non ei summa negligentia objiciatur*; *¿quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit: scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum ejus, qui eam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit* (1). Ulpiano se expresa en el mismo sentido: *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantia; nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo æstimanda est, ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur* (2).

La buena fe debe residir en el que adquiere, aunque lo verifique por medio de un tercero; pues hasta que el principal tiene conocimiento de la posesion tomada en su nombre, no comienza la usucapion (pág. 270). Sólo se necesita en el representante cuando adquiere sin conocimiento del principal administrando un peculio, *ex peculiari causa*, porque entónces comienza desde luego la usucapion (3); mas no será suficiente la buena fe de éste si el principal la tenía mala en el momento en que la adquisicion se verificó (4).

El requisito de la buena fe basta que exista en el instante de comenzar á poseer, porque se trata de una sola adquisicion (5); salvo las adquisiciones por compra-venta que exigen buena fe tanto al perfeccionarse el contrato como al verificarse la entrega de la cosa (6); porque se comprende que con buena fe aceptemos la promesa de entregarnos una cosa que, no siendo del promitente, se la proporcione para dárnosla; pero no se concibe buena fe en comprar un objeto que sabemos no pertenece al vendedor (7).

Por último, así como la existencia del justo título debe acreditarse por el que invoca la usucapion á su favor, la buena fe se presume, una vez justificado el título, miéntras el contrario no pruebe que se poseyó de mala fe (8).

(D) *Possessio.*

Las doctrinas que acabamos de examinar y las que expusimos al tratar de la posesion (págs. 262 y 267) nos ahorran descender á los pormenores de este requisito. Sabemos ya que la posesion requerida para usucapir ha de ser jurídica y de

(1) D., XXII, 6, 9, § 2.
(2) D., XXII, 6, 6.
(3) D., XLI, 3, 8 y 47.
(4) D., XLI, 4, 2, § 13.
(5) D., XLI, 1, 48, § 1; id. 3, 4, § 18; 15, § 3; 43, pr.; y 44, § 2.—C. VII, 31, un.
(6) D., VI, 2, 7, § 16 y 17; XLI, 3, 48; id. 4, 2, pr.
(7) D., XLI, 8, 15, § 3.
(8) D., VI, 2, 13, § 2.—C., VIII, 45, 30.

buena fe, poseer en virtud de un título traslativo de dominio y convencidos de que somos propietarios (1). Añadirémos solamente que este requisito es la base principal de la usucapion, pues sin él no se concibe posible : *sine possessione usucapio contingere non potest* (2). Así decide Marciano que no empiezan á usucapir el descendiente ó esclavo que adquiriesen un objeto *non ex causa peculii*, miéntras el padre ó el señor está cautivo ; *cum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret* (3).

(E) *Tempus.*

Recordemos que para la usucapion ordinaria es necesario poseer durante tres años las cosas muebles y semovientes, diez entre presentes y veinte entre ausentes las inmuebles (4).

La computacion del tiempo se hace *civiliter*, es decir, no se cuenta de momento á momento, sino que se entiende completo el último dia, aunque de él no se haya poseido más que un solo instante (5).

Entiéndese *presentes* cuando el que posee la cosa y el dueño de ésta residen en la misma provincia ; *ausentes*, si en distintas provincias (6). Si parte del tiempo hubieran estado presentes y parte ausentes, cada dos años de ausencia equivalen á uno de presencia (7).

Durante el citado período debe no haberse interrumpido la posesion (8), porque, si se interrumpe, ya no se aprovecha la posesion anterior ; y en caso de volver á poseer, necesita tener buena fe y completar de nuevo el plazo legal (9).

La interrupcion puede ser *natural* y *civil*.

La primera ocurre siempre que se pierde la posesion en los diferentes casos que ya conocemos (pág. 272) (10).

La civil tiene lugar cuando se reclama en juicio la cosa al poseedor y éste es condenado. Segun hemos dicho (pág. 397), esto sucedia antiguamente en virtud de la *litis contestatio* respecto á la *præscriptio* (11); pues la *usucapio* continuaba durante el pleito (12), haciéndose por tanto necesaria una caucion para el caso de que el demandado dispusiera del objeto

(1) D., XLI. 3, 13, pr.—C., VII, 30, 1; id. 34, 5.
(2) D., XLI, 3, 25.
(3) D., XLI, 3, 44, § 7.
(4) C., VII, 31, un.
(5) D., XLI, 3, 6 y 7; XLIV, 3, 15, pr.
(6) C., VII, 33, 12.
(7) Nov. CXIX. cap, 8.
(8) D., XLI, 3, 2, 3, y 31, § 1.—C. VII, 33, 2; XI, 61, 14.
(9) D., XLI, 3, 15, § 2; id. 4, 7, § 4.
(10) D., XLI, 2, 39; id., 3, 5 y 21; id. 6, 5; id., 7, 29; XLIX, 15, 12, § 2.
(11) C., III, 18, 2; id. 32, 26; VII, 33, 2 y 10.
(12) D., VI, 1, 17, § 1; id. id., 21; XLI, 4, 2, § 21; id. 6, 2.

ántes de la sentencia (1). Refundidas por Justiniano ambas instituciones en una sola con los efectos que producía la *usucapio* antigua, es más exacto decir que la posesion no se interrumpe verdaderamente por la *litis contestatio*, sino por la sentencia condenatoria, cuyos efectos se retrotraen al tiempo de la *litis contestatio*; porque hasta el fallo no se sabe si el demandante tiene ó nó derecho. Para evitar todo abuso, se prohibió, como sabemos (pág. 400), la enajenacion de los objetos litigiosos: y como pudiera suceder que obstáculos invencibles no permitieran al dueño ó acreedor entablar su reclamacion judicial, Justiniano les autorizó para protestar por escrito ante el presidente de la provincia; en su defecto, ante el obispo ó defensor de la ciudad; á falta de ambos, ante un tabulario; y si ni áun éste hubiere, ante tres testigos que suscribieran la protesta (2).

Media la diferencia entre la interrupcion natural y civil de que la natural produce sus efectos no sólo con relacion al que ha interrumpido, sino para con todos; y la civil, únicamente respecto al que ha demandado ó protestado cuando vence en juicio.

Por lo demás, aunque la posesion sea un hecho personal, no se requiere precisamente que la ejerza un mismo individuo por todo el plazo legal, ántes bien muchas veces se aprovecha el sucesor de la posesion de su causante: esto se denomina *accesio possessionis*, materia que, segun los romanos, debía regularse por los principios de equidad: *De accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola æquitate* (3). Veamos lo que sobre este punto dicen las Instituciones:

§ 12. *Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, et hæredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum; quod si ille initium justum non habuit, hæredi et bonorum possesori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.*

§ 13. *Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora, divus Severus et Antoninus rescripserunt.*

Para entender y completar el texto, necesitamos distinguir primeramente sucesores universales y singulares; y despues,

(1) D., VI, 1, 18.
(2) C., VII, 40, 2.
(3) D., XLIV, 3, 14, pr.

las varias hipótesis que pueden presentarse dentro de cada clase.

(a) *Sucesores universales.* El sucesor universal se subroga en la personalidad jurídica del finado. Cuando sucede, no establece una nueva posesion; continúa únicamente la que tuviera su antecesor, de tal suerte que el tiempo intermedio anterior ó posterior á la aceptacion de la herencia, le sirve para la usucapion (1), con tal que ningun extraño haya poseido (2). Así puede ocurrir que la usucapion empezada por el difunto se complete á favor del heredero ántes que ada la herencia (3) ó tomé posesion de ella (4).

Otro tanto sucede respecto á la buena fe y justo título. Si el difunto reunía estas condiciones, nada importa que el heredero tenga mala fe (5): si, por el contrario, tenía el difunto mala fe ó carecía de justo título, no puede usucapir el heredero por el tiempo ordinario, aunque tenga buena fe (6). Alguna vez, sin embargo, puede usucapir el heredero lo que no pudo su causante, pero es porque el obstáculo que impedía la usucapion no procedía *ex persona*, sino *ex re*; v. gr., si la cosa era viciosa y despues fué purgado este vicio (7).

(b) *Sucesores singulares.* Al sucesor por título singular no se trasfiere la personalidad jurídica de su causante; y á pesar de ello vinieron observándose por equidad, hasta los últimos tiempos de Justiniano, las reglas siguientes:

Si el sucesor y antecesor tenían condiciones para usucapir, se unía la posesion de entrambos (8).

Si el sucesor tenía mala fe, no podía usucapir, aunque el antecesor la tuviera buena (9).

Si el sucesor tenía buena fe y el antecesor mala, comenzaba para el primero la usucapion ordinaria desde que empezaba á poseer (10).

Justiniano cambió esta última regla. Despues de haberla sancionado expresamente en el § 7.° de este Título, dispuso por una de las Novelas que sólo bastase la usucapion ordinaria cuando el dueño de la cosa enajenada por un poseedor de mala fe conociera su derecho y no reclamase contra el adqui-

(1) D., XLI, 3, 31, § 5; id. id. 44, § 3; id. 4, 7, § 1.
(2) D., XLI, 3, 20.
(3) D., IV, 6, 30; XLI, 3, 40.
(4) D., XLI, 4, 2, § 18; 6, § 2; 7, pr.
(5) D., XLI, 3, 43, pr.; id. 4, 2, § 19. —C. VII, 31, un.
(6) D., XLIV, 3, 11.—C., VII, 30, 3.
(7) D., XLI, 3, 24, § 1.
(8) D., XLI, 4, 2, § 20; XLIV, 3, 6, pr.—C. VII, 31, un.
(9) D., XLI, 4, 2, § 17.
(10) D., XLIV, 3, 5, pr.—C. III, 32, 4.

rente, porque en otro caso necesitaría éste treinta años de posesion, á pesar de su buena fe (1).

Por último, siempre que aprovecha para el sucesor la posesion de su antecesor, puede unir no sólo el tiempo del que le precedió inmediatamente, sino el de los anteriores, con tal que no se haya mezclado en la posesion un extraño (2). Compútase tambien el tiempo que poseyó la persona á quien se trasfiere el objeto cuando ésta le devuelve al trasmitente en virtud de cláusula rescisoria (3).

4.° USUCAPIONES Ó PRESCRIPCIONES EXTRAORDINARIAS: EN QUÉ CASOS SE NECESITAN.

La ley había marcado las condiciones que el poseedor debía reunir para verificar la usucapion, y declarado exentas de este modo de adquirir ciertas cosas, ya por el vicio que las acompañaba, ya por la respetabilidad de los fines á que estaban destinadas; pero la necesidad indeclinable de poner término á las reclamaciones sobre propiedad, hizo admitir la usucapion áun en los casos en que por regla general parecía improcedente, y todo lo que pudo hacerse fué exigir un plazo más largo de posesion. Llégase, pues, á conseguir el dominio mediante la posesion contínua de

Treinta años.

1.° Sobre todas las cosas muebles é inmuebles, aunque sean viciosas y no exista título, siempre que se posean con buena fe. Las adquisiciones con mala fe, nunca confieren propiedad: una posesion de este género, continuada por treinta años, da solamente derecho para excluir la reclamacion que se intente contra el poseedor; pero como éste carece de dominio, nada puede reclamar si deja de poseer, á no ser que se le haya despojado violentamente (4).

2.° Sobre lo adquirido, aunque sea de buena fe, de quien la tenía mala, cuando el dueño del objeto ignora su derecho ó la enajenacion (5). Reforma de Justiniano que destruye un principio tan justo como tradicional, y acaba de complicar la doctrina de usucapion (6).

(1) Nov. CXIX, cap. 7.°
(2) D., XLI, 4, 6, § 2; XLIV, 3, 15, § 1.
(3) D., XLI, 3, 19; XLIV, 3, 6, § 1.
(4) C. VII, 39, 8 § 1 y 2.
(5) Nov. CXIX, cap. 7.°
(6) La legislacion romana referente á este modo de adquirir es inadmisible. Sin analizarla en detalles, ¡puede haber comercio donde no se tenga seguro el dominio sobre una cosa mueble hasta que pasen treinta años de posesion? ¿Es racional tomar en cuenta las condiciones sugetivas del dueño de la cosa, como ló hace aquí Justiniano? Por eso los códigos modernos prescinden totalmente del sistema romano con relacion á las cosas muebles, y le subordinan á la inscripcion de los títulos en el Registro público cuando se trata de cosas inmuebles.

Cuarenta años.

1.º Con título ó sin él, sobre los bienes del fisco, Emperador, pueblos, iglesias y establecimientos de beneficencia (1).

2.º Sobre las cosas reclamadas en juicio, cuando éste queda en suspenso, contándose el plazo desde la última diligencia (2).

Nada, por fin, necesitamos añadir á lo que ya sabemos (pág. 320) sobre la declaracion excepcional contenida en el último párrafo del Título. Dice así:

§ 14. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit si post venditionem quinquiennium prœterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit his, qui a fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipse quidem securi statim fiant, et victores existant, sive conveniantur, sive experiantur; adversus sacratissimum autem ærarium usque ad quadriennium liceat intendere his, qui pro dominio vel hypoteca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de his, qui a nostra vel venerabilis augustæ domo aliquid acceperint, hæc statuit, quæ in fiscalibus àlienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis* (3) *continentur.*

(1) C., XI, 61, 14. — Nov. CXI y CXXXI, cap. 6.

(2) C., VII, 39, 9, id. 40, 1, § 1.

(3) C. Præfata Zen. constitutione.

TÍTULO VII.

DE LAS DONACIONES.

I. DOCTRINAS GENERALES. — 1.° Definicion de la donacion. — 2.° Su naturaleza. — 3.° Formalidades con que debió hacerse en las diversas épocas. — 4.° Clasificacion de las donaciones.
II. DONACIONES MORTIS CAUSA. — 1.° Su carácter distintivo. — 2.° Personas que pueden donar de esta manera: á favor de quiénes: qué cosas. — 3.° De qué diferentes modos pueden hacerse: cuáles son sus efectos: cuándo se revocan. — 4.° Sus semejanzas y diferencias con los legados. — 5.° Qué se entiende por *mortis causa capio*.
III. DONACIONES ORDINARIAS INTER VIVOS. — 1.° Personas que pueden donar de esta manera: á favor de quiénes: qué cosas. — 2.° Cuáles son sus efectos: en qué casos pueden revocarse. — 3.° Reglas especiales de las donaciones de todos los bienes, remuneratorias y modales.
IV. DONACIONES INTER VIVOS CON OCASION DEL MATRIMONIO.— 1.° Dotes: su definicion, orígen y clases: quiénes, sobre qué cosas y en qué forma las constituyen: cuáles son sus efectos. — 2.° *Sponsalitiæ largitates*: su definicion, naturaleza y efectos. — 3.° Donaciones *propter nuptias*: su definicion: su naturaleza y fin ántes y despues de Justiniano: derechos de ambos cónyuges, ya durante el matrimonio, ya disueltó éste, sobre las cosas objeto de la donacion.

I.

DOCTRINAS GENERALES.

1.° Definicion de la donacion.

Aunque ni las Instituciones ni el Digesto definen la donacion, suministran esparcidos los caractéres en que se distingue de cualquier otro acto jurídico; y agrupándolos, podemos definirla: El acto de trasferir ó de convenirse en trasferir espontánea, gratuita y definitivamente cosas ó derechos á una persona que acepta por su parte.

El acto de trasferir ó de convenirse en trasferir. Con esto damos á entender: 1.° Que hay donacion no sólo cuando de hecho se trasmite el objeto donado, sino tambien cuando se obliga de presente á trasmitirlo como verémos despues 2.° Que siendo la donacion un título traslativo de dominio, segun hemos visto al tratar de la usucapion, no se concibe sin un acto positivo de parte del donante por el cual

se desposea de un derecho en beneficio del donatario. Así, no es donacion el acto meramente negativo de no utilizar la oportunidad de adquirir, aunque de ello resulte ventaja para otra persona: *Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare: veluti qui hæreditatem omittit* (1).

Espontáneamente. Porque tampoco hay donacion cuando el donante obra impulsado por motivos que no sean de pura liberalidad, *donandi animo*, con el único propósito de enriquecer al donatario. *Donari videtur*, dice Papiniano, *quod nullo jure cogente conceditur* (2). Por esto, no sólo deja de existir donacion cuando entregamos cierta cosa que debemos legalmente, sino cuando lo verificamos para llenar una obligacion de conciencia: v. gr., si el manumitido devuelve lo que se le prestó cuando era esclavo, *non erit donatio, sed debiti solutio* (3); si entregamos la herencia que tenemos obligacion de restituir, pero sin quedarnos con la parte para cuya detraccion estábamos autorizados, *quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quam donant* (4).

Gratuita y definitivamente. Estas palabras indican la semejanza y diferencia entre la donacion y los demas actos tambien gratuitos ó de beneficencia, cuales son el mútuo, comodato, depósito, mandato, etc., pero que se limitan á prestar ciertos servicios sin remuneracion, ó á entregar cosas que han de ser devueltas, como verémos en sus respectivos tratados (5).

Cosas ó derechos. Ya debíamos suponer que podrían ser materia de donacion tanto las cosas corporales como las incorporales; encontramos, sin embargo, en el Digesto un fragmento de Pomponio que lo declara expresamente para evitar toda duda: *potest enim et citra corporis donationem valere donatio*; y pone por ejemplo la concesion de habitar gratuitamente una casa y el pactar con el deudor que no se le reclamará el pago sino despues de cierto plazo (6).

A una persona que acepta por su parte. Aunque sea ventajosa una donacion, la ley debe no presuponer el consentimiento del donatario, que pudiera tener motivos respetables para rehusar el acto de aparente generosidad. Paulo dice en general: *Invito beneficium non datur* (7). Ulpiano contrayéndose á las donaciones: *Non potest liberalitas nolenti acqui-*

(1) D., L, 16, 28, pr.
(2) D., XXXIX, 5, 29, pr.
(3) D., XXXIX, 5, 19 § 4.
(4) D., XXIV, 1, 5, § 15.
(5) *Donatió dicta est a dono, cuasi dono datum.* D., XXXIX, 6, 35, § 1.
(6) D., XXXIX, 5, 9, pr.
(7) D., L, 17, 69.

ri (1). Javoleno, en fin: *In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio... nisi animus utriusque consensit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest* (2).

2.° NATURALEZA DE LA DONACION.

§ inicial. *Est etiam* (3) *aliud genus acquisitionis, donatio.*

Con mucha justicia se censura á Justiniano por haber colocado en este lugar la doctrína referente á donacíones. Dijo al fin del Título 5.° que, dejando para más adelante el tratado de obligaciones, expondría en los siguientes los modos singulares civiles de adquirir el dominio: comenzó en efecto por la usucapion; y á seguida nos presenta la donacion como otro modo de adquirir, *aliud genus acquisitionis*. Pero la donacion, ni es un modo de adquirir, ni aplicable sólo á la propiedad, ni creacion del derecho civil.

No es *modo*, sino solamente *causa justa* de adquirir, como Justiniano mismo ha consignado en el § 41 del Título primero y en el inicial del sexto. Cierto es que cuando se entrega en el acto la cosa donada, concurren al propio tiempo la causa y el modo de adquirir: pero no por eso dejan de ser cosas distintas, aparte de que otro tanto puede suceder en la compraventa á cuyo contrato se equipara justamente la donacion en el § 2.° de este Título. Quizá se calificára la donacion de modo de adquirir, porque hubo época en que se exigió para su autenticidad la entrega de lo donado; pero, como el Emperador dirá en seguida que este requisito lo ha declarado innecesario, no se justifica la locucion de las Instituciones.

Tampoco se refiere la donacion exclusivamente á la propiedad; pues hemos visto que puede ser materia de ella todo género de ventajas capaces de aumentar la fortuna del donatario.

Es, por último, de extrañar que se haga figurar á la donacion entre las maneras civiles de adquirir, cuando Justiniano acaba de decir: *nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi* (4). Hasta el tiempo de Justiniano la donacion se hallaba sujeta á determinadas solemnidades, y pudo hasta cierto punto decirse que en sus formas era insti-

(1) D., XXXIX, 5, 19, § 2.
(2) D., XLIV, 7, 55.
(3) C. Est et aliud.
(4) *Inst.* II, 1, § 40.

tucion del derecho cívil; pero áun este carácter perdió tan luego como Justiniano la libertó de toda ritualidad y la declaró perfecta con solo el consentimiento de las partes manifestado de cualquier modo.

La donacion es, segun esto, un convenio que se perfecciona por el mero consentimiento de los interesados; y debió colocarse entre los contratos, bien que sólo alcanzára el nombre de *pacto* por las razones que verémos al tratar de esta materia.

3.° Formalidades con que debió hacerse en las diversas épocas.

Hasta el año 550 de Roma, las donaciones estuvieron sometidas á las leyes generales que regulaban la forma de los demas actos jurídicos. Cuando el donante se proponía transferir en el acto *(dando)*, usaba la *mancipatio*; la *in jure cessio* ó la *traditio*, si tenía por objeto el dominio ó derechos reales; la cesion ó novacion, si créditos. Cuando su objeto era renunciar un derecho que se tuviera contra el donatario *(liberando)*, se verificaba mediante un convenio ó una *acceptilatio* que era el modo civil de extinguir las obligaciones. Por último, cuando sólo se comprometía de presente á donar *(promittendo)*, intervenia la *stipulatio*, forma legal de establecer una obligacion (1).

Relajadas las costumbres, se hizo necesaria la intervencion del Estado en esta como en tantas otras materias, y apareció el plebiscito denominado ley *Cincia de donis et muneribus*. No conocemos el texto ni ha podido todavía precisarse con exactitud el alcance de esta ley; pero de las indicaciones y referencias que han llegado á nosotros se desprende lo siguiente: 1.° Tuvo por objeto restringir el abuso de las donaciones, principalmente en favor de los funcionarios públicos y oradores. 2.° Señaló un máximo del cual únicamente podía exceder la donacion cuando mediaba entre individuos unidos por los vínculos de la sangre ó del deber, como los próximos parientes, libertos para con sus patronos, etc., ó tenia un fin legal reconocido, v. gr., la constitucion de dotes (2).

Cayeron más tarde en desuso las formalidades de la *mancipatio* é *in jure cessio*, sobre las cuales se basaban las disposiciones de la ley *Cincia*; y naturalmente vino á ser ésta impracticable sin derogacion expresa. Hubo, pues, de volver-

(1) *Vat. frag.* 263.—D., XXXIX, 5, 9, pr.; id. id., 17.—C. VIII, 44, 2; id. 54, 2.
(2) *Vatic. fragm.*, 266 á 316.

se otra vez para donar á las formas generales de transferir los derechos, ó sea, el convenio con la tradicion subsiguiente ó la estipulacion; pero ya Antonino Pio declaró válidas las donaciones entre ascendientes y descendientes, cualquiera que fuese la manera en que se hiciesen: *licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit* (1).

En tanto, y sin duda para obviar toda cuestion en materia de donaciones, fué generalizándose la práctica de verificarlas por escrito y consignarlas en los registros públicos (2); uso que elevó á ley Constancio Cloro, segun nos dice su hijo Constantino: *Pater noster nullam voluit liberalitatem valere, si in actis inserta non esset* (3). Además de esta formalidad, prescribió Constantino, para que la donacion fuese auténtica, que el escrito y la entrega de la cosa donada se verificase ante testigos, sin cuya formalidad *temerè non erit fides accipienda* (4); pero estas solemnidades fueron desapareciendo gradualmente. Con efecto, Teodosio dispensó de la necesidad de la escritura (5), y decidió que la donacion *ante nuptias* valdría sin necesidad de inscribirla en los registros públicos cuando no excediese su valor de 200 sólidos (6). Zenon declaró innecesaria la asistencia de los testigos (7). Finalmente, Justiniano resuelve: 1.° Que la donacion será válida de cualquiera manera que conste la voluntad de los interesados, aunque no se entregue el objeto, como sucede en la compraventa, á la cual la equipara bajo este concepto. 2.° Que únicamente necesitará registrarse ó insinuarse cuando su valor exceda de 500 sólidos (8).

4.° Clasificacion de las donaciones.

§ inicial *(continuacion). Donationum autem duo genera sunt: mortis causa, et non mortis causa.*

En dos clases divide el texto las donaciones: *mortis causa* y *non mortis causa*, que denominarémos *inter vivos*; pero como las últimas ofrecen mucho de singular cuando se verifican con ocasion de un matrimonio, harémos de ellas una clase especial. Tratarémos pues: 1.° De las donaciones *mortis cau-*

(1) *Cod. de Teod.* VIII, 12, 4.
(2) *Vatic. fragm.*, 266, 285 y 297.
(3) *Cod. de Teod.*, III, 5, 1.
(4) *Vatic. fragm.*, 249.
(5) C., VIII, 54, 29.
(6) *Cod. de Teod.*, III, 5, 8.
(7) C., VIII, 54, 31.
(8) C. VIII, 54, 35, § 5; id. id. 36, § 3; id. id., 37. — *Inst.*, § 2 de este Título. — Anteriormente había fijado el mismo Emperador la cantidad de 300 sólidos. — C, VIII, 54, 34.

sa : 2.° De las donaciones ordinarias *inter vivos* : 3.° De las donaciones *inter vivos* con ocasion del matrimonio.

Hubiéramos deseado que Justiniano, siguiendo el órden del Digesto, empezase con la doctrina referente á las donaciones *inter vivos*, que son las normales : le seguirémos, no obstante, para no alterar el órden sino en aquellos puntos que no pueden exponerse claramente de otra manera.

II.

DONACIONES MORTIS CAUSA.

1.° Su carácter distintivo.

§ 1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit* (1) ; *sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam, cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oportet, et utriusque causæ quædam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Et in summa mortis donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam hæredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piræo* :

Πείραι (οὐ γάρ τ' ἴδμεν, ὅπος ἔσται τάδε ἔργα) ;
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσωνται,
Αὐτόν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαορέμεν, ἤ τινα τῶνδέ·
Εἰ δέ κ' ἐγώ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Comienza el texto por manifestarnos que donacion *mortis causa* es aquella que se hace por recelo ó temor de la muerte, *propter mortis suspicionem:* juzgando sin duda poco determinada la institucion, añade otro carácter para distinguirla, á saber, los casos en que el donante quiere que se revoque : y no satisfecho todavía con esta nueva explicacion, concluye

(1) C. accipit.

diciendo en resúmen que es aquélla en la cual el donante prefiere su interes al del donatario, y el de éste al del heredero.

Expondrémos breve y sencillamente nuestra opinion. No creemos que en una obra de texto, como lo son las Instituciones, sea lícito definir en términos semejantes; pero se explica que así lo hicieran sus redactores, porque la celeridad con que llevaron á cabo el trabajo no les permitió expresar clara y distintamente las diversas ideas que entrañaban los fragmentos del Digesto, confusion que ha venido á perpetuarse. En nuestro sentir, debe distinguirse ante todo las donaciones á que los romanos llamaban en general *mortis causa*, de aquellas que producían efectos distintos de las *inter vivos*.

Si nos atenemos al nombre, parece indudable que apellidaron *mortis causa* todas las donaciones que el hombre hacía tomando en consideracion su muerte. Así nos dice Ulpiano, copiando á Juliano. Hay tres especies de donacion *mortis causa*: una, cuando se dona por el simple pensamiento de la muerte, sin que el donante se encuentre amenazado de un peligro presente; otra, cuando preocupado de riesgo inminente, se dona de tal manera que en el momento se haga lo donado del que lo recibe; la tercera, cuando impulsado del peligro de muerte, se dona, nó para que se haga en seguida del donatario, sino cuando muera el donante (1). Gayo y Paulo llaman igualmente donaciones *mortis causa* tanto las que el hombre hace en completa salud, libre de todo riesgo y sólo ante la consideracion de que es mortal, como las que verifica por miedo de sucumbir en un peligro actual ó futuro (2). Al nombre, pues, y sólo al nombre debemos referir las primeras palabras del texto, *propter mortis suspicionem*.

Mas si, prescindiendo del nombre, nos fijamos en los resultados, ya verémos en el mismo Digesto que de entre las donaciones llamadas *mortis causa*, unas producían iguales efectos que las *inter vivos*, y otras muy diferentes. Hablando Papiniano de la donacion que un padre moribundo hizo *sin condicion alguna* en favor de un hijo emancipado, decide que no le son aplicables las reglas de las donaciones *mortis causa; eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare* (3). Con mayor expresion todavía consigna la propia doctrina Marciano: *Ubi ita donatar mor-*

(1) D., XXXIX, 6, 2.
(2) D., XXXIX, 6, 31, § 2; id. id., 35, § 4.
(3) D., XXXIX, 6, 42, § 1.

tis causa, ut nullo casu revocetur; causa donandi magis est, quam mortis causa donatio. Et ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet; et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione (1). A esta distincion se refieren las demas palabras del texto.

De estos fragmentos aparece: 1.° Que recibieron la denominacion general de *mortis causa* todas las donaciones en que la causa de donar era la muerte, ó sea, en que el donante se decidía á ser generoso por la consideracion de que podía morir. 2.° Que cuando estas donaciones se hacían puramente, de manera que la muerte figuraba sólo como causa, producían los mismos efectos que las *inter vivos;* mas cuando la muerte se ponía como condicion de cuyo éxito pendiese el resultado de la liberalidad, la donacion se hallaba sometida á leyes muy diferentes de las que reglaban la *inter vivos*. Ahora bien, siendo estas últimas las que al presente deben ocuparnos, dirémos, que la donacion *mortis causa*, contrapuesta á la *inter vivos*, es *aquella cuyo éxito se subordina á la muerte del donante* (2). Decimos *cuyo éxito se subordina a la muerte*, porque el principio ó el término de estas liberalidades se halla pendiente del acontecimiento de la muerte que puede figurar como condicion suspensiva ó resolutoria, segun verémos despues. Necesita referirse á la muerte *del donante*, porque si la donacion se halla sometida á la muerte de cualquiera otra persona que no sea el donante, se regirá por las leyes generales de donaciones *inter vivos* condicionales, nó por las excepcionales dictadas para las *mortis causa* (3). Esta diferencia se comprende fácilmente: cuando el hombre subordina el resultado de la donacion á su propia muerte, no renuncia definitivamente al objeto donado; antepone, como dice el párrafo, su persona á la del donatario: viceversa, cuando la hace depender de la muerte de un tercero, confiere desde luego al donatario un verdadero derecho, si bien condicional, como sucedería con cualquier otro acontecimiento futuro é incierto que agregase á la donacion.

2.° PERSONAS QUE PUEDEN DONAR DE ESTA MANERA: Á FAVOR DE QUIÉNES: QUÉ COSAS.

Consistiendo la donacion *mortis causa* en una liberalidad

(1) D., XXXIX, 6, 27.

(2) PAULO, III, 7, 2. — D., XII, 1, 2. — C., VIII, 57, 3.

(3) D., XXXIX, 6, 11; 18, pr., 31, § 1. 19, pr.

cuya existencia queda sometida al fallecimiento del donante, pueden hacerla desde luego todos aquéllos á quienes se ha concedido disponer de sus bienes por última voluntad, aptitud que se obtiene mucho ántes que para disponer *inter vivos*, como verémos en el Título XII inmediato. Tienen además facultad para donar *mortis causa* ciertas personas que no pueden morir con testamento, cuales son los hijos de familia, siempre que los autorice el jefe doméstico (1); y sin esta autorizacion, los objetos que constituyen su peculio castrense (2). El donante necesita conservar su capacidad en el momento de morir (3).

Puede hacerse la donacion *mortis causa* en favor de aquellas personas que tienen capacidad para recibir legados, la cual se halla sujeta á disposiciones especiales, segun dirémos oportunamente (4). La capacidad del donatario debe apreciarse cuando muere el donante, nó al tiempo de hacerse la donacion (5).

Objeto de esta donacion pueden serlo, ya bienes determinados, ya todos los del donante; pero nunca constituirá una sucesion universal (6).

3.° De qué diferentes modos pueden hacerse: cuáles son sus efectos: cuándo se revocan.

Respecto á solemnidades, pueden verificarse bien con sujecion á las formas comunes de toda donacion, bien á presencia de cinco testigos, en cuyo caso no necesitan de insinuacion (7).

Por lo que hace á la manera de realizarlas, puede el donante, ya entregar desde luego los objetos al donatario á reserva de que se le devuelvan si sale del peligro que le amenaza, ya limitarse á consignar simplemente su resolucion de donar para despues de sus dias. En la primera hipótesis figura la muerte como condicion resolutoria, y el efecto será que el donatario adquiera en el acto un derecho revocable sobre las cosas donadas y entregadas; derecho que se convertirá en irrevocable cuando fallezca el donante, si no ha ocurrido alguna de las causas por las cuales se revocan estas donaciones. En la segunda, figura la muerte como condicion suspensiva; y el dona-

(1) D., XXXIX, 5, 7, § 4, id. 6, 25.
(2) D., XXXIX, 6, 15.
(3) D., XXXIX, 6, 7.
(4) D., XXXIX, 6, 9 y 35, pr.
(5) D., XXXIX, 6, 22.
(6) D., XXXIX, 6, 42, pr.
(7) C., VIII, 57, 4.—Nov. LXXXVII, pr.

tario ningun derecho adquiere sobre el objeto donado hasta que muera su favorecedor (1).

De lo expuesto resulta que nunca llega á ser perfecta la donacion *mortis causa* miéntras vive el donante. *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur* (2); *morte enim tantummodo convalescit* (3). Queda por consecuencia sin efecto en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando el donante la revoca, *si eum donationis pœnituisset,* lo cual puede hacer en todo tiempo (4).

2.° Cuando el donatario muere ántes que el donante, *aut prior decesserit is, cui donatum est* (5).

3.° Cuando el donante se liberta del peligro en cuya consideracion donó, *sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet* (6). A este caso se refieren especialmente las últimas palabras del texto, copiadas de Paulo y Marciano, *cum magis se quis veli habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat quam hæredem suum* (7). Revocada por esta causa, el donatario restituirá la cosa donada con sus frutos y accesiones (8); pero tendrá derecho á que se le abonen las impensas necesarias y útiles (9).

Basta que sea revocable en cualquiera de estos casos para que se entienda donacion *mortis causa* (10); mas si se estableciese que *en ningun caso fuera revocable,* degeneraría en donacion *inter vivos,* como ántes hemos dicho (11).

Debemos por último advertir: 1.° Que si el donante y el donatario muriesen al mismo tiempo, la donacion se hace irrevocable (12). 2.° Que si la donacion se ha hecho á favor de una persona constituida en potestad, como el hijo ó el esclavo, se toma en cuenta la muerte de éstos y nó la de su jefe, salvo si fuese otra la intencion del donante (13).

4.° Sus semejanzas y diferencias con los legados.

Para comprender el fundamento de las semejanzas y diferencias que existen entre las donaciones *mortis causa* y los

(1) D., XXXIX, 5, 1, pr.; id. 6, 2, 29 y 39.
(2) D., XXXIX, 6, 32.
(3) Paulo, III, 7, 2.
(4) Paulo, III, 7, 2.—D., XXXIX, 6, 16 y 30.
(5) D., XII, 1, 19, pr.; XXXIX, 6, 23, 26 y 44.
(6) Paulo, III, 7, 1.—D., XXXIX, 6, 24 y 35, § 3.
(7) D., XXXIX, 6, 1, pr.; id. id., 35, § 2.
(8) D., XII, 4, 12; XXII, 1, 38; § 3.
(9) D., XXXIX, 6, 14.
(10) D., XXXIX, 6, 13, § 1; Id. id., 35, § 4.
(11) D., XXXIX, 6, 27.
(12) D., XXIV, 1, 32, § 14; XXXIX, 6, 26.
(13) D., XXXIX, 6, 23 y 44.

legados, debemos fijarnos bien en la respectiva naturaleza de ambas instituciones.

Pudiendo el hombre disponer para despues de su muerte de los objetos que le pertenecen, usa comunmente de este derecho por medio de un acto unilateral, expresando su voluntad en testamento ó codicilo, sin contar con la del favorecido, quien, despues de la muerte de aquél, aceptará ó nó la liberalidad : hé aquí el *legado*. Mil circunstancias, sin embargo, pueden motivar que el hombre lleve á efecto su resolucion generosa por medio de un acto distinto del testamento y codicilo, manifestándola al mismo interesado y aceptando éste por su parte ; entónces tendrémos un acto bilateral; habrán concurrido simultáneamente las dos voluntades; en suma, resultará una *donacion*. Luego las diferencias que separan á las donaciones *mortis causa* de los legados, serán :

1.ª La donacion es un contrato; y como tal, exige el concurso de ambas voluntades, la del donante y la del donatario (1) : el legado es acto unilateral; se reduce á consignar en un testamento ó codicilo la voluntad de donar al legatario; y la aceptacion de éste vendrá despues que muera su favorecedor.

2.ª Como la donacion se constituye por medio de un acto completamente separado del testamento y codicilo, es independiente de la herencia, y el donatario adquiere los objetos directamente, en virtud del convenio celebrado con el difunto, sin necesidad de que el heredero ada, ni de persona intermediaria (2): el legado, por el contrario, depende de la validez del testamento ó codicilo, de que ada el heredero y de que éste cumpla la disposicion del testador, como en su lugar verémos.

3.ª Siendo la donacion un acto distinto del testamento, el donatario no pierde su derecho por impugnar la validez del testamento del donante (3) : el legatario no podría reclamar su legado cuando hubiera obrado de este modo.

4.ª El derecho que se adquiere por resultado de la donacion se entiende uno solo, como el que dimana de todo otro contrato, y basta que el donatario tenga capacidad en el momento de fallecer el donante, para que adquiera por completo y definitivamente el derecho; v. gr., si la donacion consiste en una suma anual, *in singulos annos*, es suficiente que el donatario sea capaz al morir el donante para que adquiera

(1) D., XXXIX, 6, 33, pr.
(2) D., XXXIX, 6, 2 y 38; XLIII, 3, 1, § 5.
(3) D., XXXIV, 9, 5, § 17.

derecho á cobrar todos los plazos. Viceversa, un legado hecho de esta manera se entiende múltiple, es decir, se descompone en tantos legados como años comprenda, y en cada uno de ellos será indispensable que el legatario tenga capacidad, si ha de recibir la suma correspondiente (1).

Pero si en la manera de consignar el hombre su generosidad para despues de la muerte difieren mucho los legados y donaciones, recordemos que éstas no son perfectas en definitiva miéntras vive el donante; y como en los legados sucede lo propio, hé aquí la causa de que se equiparen ambas instituciones tanto de una manera general (2): como en los detalles siguientes:

1.° Para calificar la aptitud del donatario, se atiende nó al tiempo de la donacion, sino al de la muerte del donante (3).

2.° No se paga la donacion hasta despues de satisfechos los acreedores hereditarios (4).

3.° Se rescinde cuando defrauda á los patronos ó acreedores (5).

4.° Está sujeta á la detraccion de la cuarta falcidia (6).

5.° El donatario debe prestar la caucion *Muciana* (7); la *fructuaria* (8); y la *juratoria*, si ha de recibir lo que su consorte le donó bajo condicion de no contraer nuevo matrimonio (9).

6.° La donacion puede ser gravada con fideicomisos (10).

7.° Entre los condonatarios de una misma cosa hay derecho de acrecer (11).

8.° Para transigir acerca de los alimentos donados se necesita la intervencion del magistrado (12).

5.° Qué se entiende por mortis causa capio.

En su acepcion lata se llama *mortis causa capio* toda adquisicion por causa de muerte; pero en sentido estricto se reserva este nombre para designar las adquisiciones que no tienen el especial de herencia, legado, fideicomiso y dona-

(1) D., XXXIX, 6, 35, § 7.
(2) D., II, 15, 8, § 2; VII, 9, 1, § 1; XXVIII, 7, 8, § 3; XXXVIII, 5, 1 § 1; XXXIX, 6, 15, 17 y 37, pr.
(3) D., XXXIX, 6, 22.
(4) D., XXXV, 2, 66, § 1.
(5) D., XXXVIII, 5, 1, § 1; XXXIX, 6, 17.
(6) D., XXXI, 77, § 1. — C. VI, 50, 5; V, III, 57, 2.
(7) D., XXVIII, 7, 8 § 3.
(8) D., VII, 9, 1, § 2.
(9) Nov. XXII, cap. 44, § 9.
(10) D., XXXI, 77, § 1; XXXII, 3, pr. — C. VII, 42, 9; VIII, 57, 1.
(11) C., VI, 51, 1, § 14.
(12) D., II, 15, 8, § 2.

cion *mortis causa*: *exceptis his capiendi figuris, quæ proprio nomine appellantur* (1).

Muchos son los casos mencionados en el Digesto que, por carecer de nombre especial, se refieren al general de *mortis causa capio*. Hé aquí algunos ejemplos:

Lo que recibimos para que no aceptemos la herencia (2), ó viceversa para que la aceptemos (3).

Lo que se nos entrega por el heredero ó legatario para cumplir una condicion que el testador les impuso (4).

Lo que el padre da con motivo de la muerte del hijo ó de un cognado (5).

La dote cuya reversion se estipuló para el caso en que la mujer falleciese ántes del constituyente (6).

Procediendo de tan diversas causas, no pueden tener idéntica naturaleza. Algunas se fundan en un verdadero derecho, como es el caso de reversion de la dote: dimanan otras de la mera espontaneidad de los interesados; v. gr., lo que se da al heredero para que acepte ó deje de aceptar la herencia: las hay, finalmente, que, si no las estableció el difunto de una manera absoluta, las puso como condicion que debían llenar el heredero ó legatario si querían percibir lo que les dejaba. Estas últimas se asimilan á los legados; pues aunque no se reciben directamente del testador, tienen su base en el testamento (7). Así las pierde el que impugna el testamento (8); pueden ser gravadas con fideicomisos (9), y si consisten en alimentos, no puede transigirse acerca de ellas sin la intervencion del magistrado (10).

III.

DONACIONES ORDINARIAS INTER VIVOS.

§ 2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus. Quæ omnino non comparantur legatis; quæ, si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit; et, ad exemplum venditionis, nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etsi* (11) *non tradantur, habeant plenis-*

(1) D., XXXIX, 6, 31, pr.; id. id., 38.
(2) D., XXXIX, 6, 8, pr.
(3) D., XXXIX, 6, 21 y 31, § 2.
(4) D., XXXIX, 6, 8, pr.; id. id., 31, § 2; id. id., 36 y 38.
(5) D., XXXIX, 6, 8, pr.
(6) D., XXXIX, 6, 31, § 2.
(7) D., XXXIX, 6, 9 y 36.
(8) D., XXXIV, 9, 5, § 18.
(9) D., XXX, 96, § 4.
(10) D., II, 15, 8, § 2.
(11) C. etiamsi.

simum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro principum dispositiones insinuari eas, actis intervenientibus, volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et (1) quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et (2) sine insinuatione statuit; et (3) quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex nostris constitutionibus, quas super his posuimus (4), colligenda sunt. Sciendum tamen est, quod, etsi plenissimæ sunt donationes, tamen, si ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstavimus, certis ex causis eas revocare: ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos.

En este párrafo se indican los extremos de mayor importancia referentes á las donaciones *inter vivos*, ó que no son *mortis causa*. Para desenvolverlos ordenadamente y completarlos, seguirémos el órden del sumario.

1.° Personas que pueden donar de esta manera: á favor de quiénes: qué cosas.

(A) *Quiénes pueden donar.*

La donacion *inter vivos*, á diferencia de la *mortis causa*, trasfiere desde luego al donatario un derecho irrevocable, segun verémos al tratar de sus efectos. Es, pues, un acto de enajenacion (5), para cuya validez se necesita en primer término que al donante le corresponda ese derecho, y despues que tenga facultad para enajenarle (6). Exceptúanse los menores de veinticinco años, hayan obtenido ó nó la venia de edad, que sólo pueden constituir la donacion *propter nuptias*: se funda esta prohibicion en que si bien pueden enajenar sus bienes inmuebles con decreto del magistrado, esto se permite únicamente cuando la enajenacion sea necesaria ó ventajosa al menor, y la donacion no puede hallarse en ninguno de esos casos. Por tanto, la donacion que verifique un menor no adquiere validez miéntras no trascurran diez años entre presentes y veinte entre ausentes despues de haber cumplido el

(1) C. eam.
(2) C. etiam.
(3) C. sed et.
(4) C. exposuimus.
(5) D., XLIV, 7, 55.
(6) D., L, 17, 16 y 165.—C., IV, 51, 7.

donante la mayor edad sin hacer reclamacion alguna (1).

(B) *A favor de quiénes puede donarse.*

Puede hacerse esta clase de donaciones en favor de todos los que tienen capacidad para adquirir lo donado (2); pero cuando el donatario sea un pupilo, deberá mediar la autoridad del tutor, si ha de obligarse por su parte (3). Hallamos, sin embargo, una excepcion importantísima relativa á los cónyuges, que merece examinarse con alguna detencion.

Antes que las leyes, el derecho consuetudinario había reputado nula toda donacion entre marido y mujer: *moribus apud nos receptum est*, dice Ulpiano, *ne inter virum et uxorem donationes valerent*; y á seguida expone el fundamento de esta costumbre: *hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spolientur* (4). El mismo jurisconsulto nos trasmite las palabras del emperador Antonino sobre este punto: *Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur: neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* (5). Paulo aduce la razon *nec esset eis studium liberos potius educendi*, y encuentra oportuna la de Sexto Cecilio *quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset; atque ea ratione eventurum, ut venalia essent matrimonia* (6).

Procurarémos resumir las leyes que se ocupan de esta materia, fijando principalmente las personas y donaciones á quienes se extendía la prohibicion, el resultado de las donaciones prohibidas y los casos en que llegaban á tener validez estas donaciones.

La prohibicion se extendía á los cónyuges, aunque no hicieran vida marital (7), excepto al Emperador y á la Emperatriz (8); á los que con ellos se encontraban sometidos á una misma potestad doméstica (9); y á los que habían celebrado esponsales ó matrimonio en contravencion á la ley (10). No comprendía á los que vivian en concubinato (11).

Prohibíanse las donaciones tanto de la propiedad (12) como

(1) C., V, 74, 3.
(2) D., XXXIX, 5, 9, § 3.
(3) Gayo, III, 107.— *Inst.* I, 21, § inic.
(4) D., XXIV, 1, 1.
(5) D., XXXIX, 1, 3, pr.
(6) D., XXIV, 1, 2.
(7) D., XXIV, 1, 32, § 13.
(8) C. V, 16, 26.
(9) D., XXIV, 1, 3, § 2 al 9; id. id., 26, § 1; id. id., 53, pr.—C. V, 16, 4 y 5.
(10) D., XXIV, 1, 32, § 28.—C., V, 16, 7.
(11) D., XXIV, 1, 3, § 1; XXXIX, 5, 31, pr.
(12) D., XXIV, 1, 13, § 2.

de la posesion (1), aunque se encubriesen bajo la forma de un contrato distinto (2) ó se hiciesen indirectamente, v. gr., apreciando en más ó ménos de lo justo la dote estimada (3), no usando de un derecho para que se extinguiese en beneficio del donatario (4), restituyendo la dote durante el matrimonio sin causa legítima (5) cuales eran procurar los alimentos, comprar un fundo, socorrer á un ascendiente, pagar sus deudas, etc. (6).

Eran, por el contrario, permitidas las siguientes :

1.° Las que no reunían simultáneamente las circunstancias de que el donante se hiciera más pobre y el donatario más rico (7).

Por faltar la primera circunstancia, era válida la donacion de una cosa ajena que ponía al cónyuge en condicion de usucapir (8); la no aceptacion de una herencia ó legado á cuya sucesion era llamado el cónyuge en segundo lugar (9); y la restitucion al cónyuge de un fideicomiso sin deducir la parte correspondiente (10).

Por faltar la segunda, se permitia donar el derecho de sepultura; una cosa ó cantidad para que fuese dedicada á fin religioso ó público (11), ó para conseguir una dignidad ó soportar los gastos anejos á ella (12), ó para reparar un edificio arruinado por incendio, no excediendo del importe de la reparacion (13) ; un esclavo para manumitirle (14) ; cierta finca para que el cónyuge la restituyese con sus frutos á uno de los hijos (15); el uso precario de cosas determinadas (16); la liberacion del derecho de prenda que se tenía sobre un objeto del cónyuge (17) ; y pagar de presente lo que se debía á plazo (18).

Por faltar ambas circunstancias, era lícito sustituir durante el matrimonio la cosa donada ántes de celebrado con otra del mismo valor (19); y el donar en compensacion de lo

(1) D., XXIV, 1, 46.
(2) D., XXIV, 1, 5, § 5; id. id., 7, § 6; id. id., 31, § 3, 4 y 5.
(3) D., XXIII, 3, 12; XXIV, 1, 7, § 5.
(4) D., XXIV, 1, 5, § 6 y 7; id. id., 44.
(5) C., V, 19. un.—Nov. XXII, cap. 39.
(6) D.; XXIII, 3, 73, § 1; id. id., 85; XXIV. 8, 20,
(7 D., XXIV, 1, 5, § 16.
(8) D., XXIV, 1, 25.
(9) D., XXIV, 1, 5, § 13 y 14; id. id., 31, § 7.
(10) D., XXIV, 1, 5, § 15.
(11) D., XXIV, 1, 5, § 8 al 12.
(12) D., XXIV, 1, 40, 41 y 42.—C., V, 16, 21.
(13) D., XXIV, 1, 14.
(14) D., XXIV, 1, 7, § 9; id. id., 8.—C., V, 16, 22.
(15) D., XXIV, 1, 49.
(16) D., XXIV, 1, 18; 28, § 2; 53, § 1.
(17) D., XLII, 8, 18.
(18) D., XXIV, 1, 31, § 6.
(19) D., XXIV, 1, 36, § 1; id. id., 58.

que por el mismo título se había recibido; v. gr., si el marido daba una cantidad á la mujer, y ésta la empleaba en comprar un objeto que á su vez donaba almarido (1).

2.° Las que consistían en regalos módicos y de costumbre (2).

3.° Las hechas ántes de celebrado el matrimonio (3), aunque éste se realizase el mismo dia en que tuvo lugar la donacion (4); pero si no habían de producir sus efectos hasta despues de celebrado el matrimonio, estaban prohibidas (5).

4.° Las que no tenían efecto hasta despues de disuelto el matrimonio. Valían por consecuencia: 1.° Las donaciones *mortis causa* (6). 2.° Las hechas despues del divorcio verdadero (7), nó del simulado (8); en términos de que para prevenir todo fraude, acepta Javoleno la opinion de Próculo y Cecilio, segun la cual, *tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliæ nuptiæ insecutæ sunt, aut tan longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret, alterum esse matrimonium: alias nec donationem nullius esse momenti futuram* (9). Tampoco eran válidas las verificadas en la prevision de un divorcio futuro (10); ni áun la realizada despues de divorciados, si uno de ellos moría en seguida (11).

Las donaciones prohibidas eran radicalmente nulas. El donatario ningun derecho adquiría sobre lo donado (12). El donante podía reclamar lo donado (13), reivindicando el mismo objeto, si existía, con sus accesiones (14), pero nó las usuras (15) ni los frutos naturales (16); en caso de haber perecido, aquello en que el donatario se hubiera hecho más rico (17), para cuyo cálculo se atendía al tiempo de la contestacion de la demanda (18). Reputábase en general que se había hecho más rico cuando al tiempo de contestar la demanda conservaba algo de lo que se le donó ó de lo que con ello adquirió (19). Como el donante continuaba dueño de la cosa, ésta se per-

(1) D., XXIV, 1, 67.
(2) D., XXIV, 1, 31, § 8.
(3) D., XXIV, 1, 66.
(4) D., XXIV, 1, 27.
(5) D., XXIV, 1, 5, pr.—C., V, 3, 4.
(6) D., XXIV, 1, 9, § 2; id. id., 10 y 11, § 1.
(7) D., XXIV, 1, 11, § 11; id. id., 60, § 1; id. id., 61 y 62.
(8) D., XXIII, 4, 27; XXIV, 1, 35.
(9) D., XXIV, 1, 64.
(10) D., XXIV, 1, 12.
(11) D., XXIV, 1, 13, pr.
(12) D., XXIV, 1, 3, § 10 al 13.
(13) D., XXIV, 1, 36 y 45.
(14) D., XXIV, 1, 31, § 2.
(15) D., XXIV, 1, 15, § 1; id. id., 16.
(16) D., XXIV, 1, 17 y 45.
(17) D., XXIV, 1, 5, § 18; id. id., 6.
(18) D., XXIV, 1, 7, pr.
(19) D., XXIV, 1, 7, § 1, 3, 4, 7; 28, § 4 y 5; 29, 31, § 9; 50, § 1; 51; XXIV, 3, 66, § 1.—C., V, 16, 6.

día para él cuando perecía (1), á no ser que fuera por culpa del donatario (2).

Solamente adquiría derecho el donatario: 1.° Cuando la cosa hubiera sufrido una especificacion (3), si bien al donante correspondería la accion útil (4). 2.° Cuando el donatario hubiera comprado algun objeto con la suma donada, en cuyo caso el donante sólo podría reclamar la cantidad que dió, pero no el objeto (5). 3.° Cuando lo donado pertenecía al cónyuge y á un tercero á la vez, valía en la parte correspondiente al tercero si admitía separacion, y por completo si no la admitía, v. gr., una servidumbre (6).

Todo lo dicho se aplicaba á las donaciones, aunque no mediara entrega de la cosa (7).

Tal fué el derecho vigente hasta Severo y Caracalla. Prosiguiendo Ulpiano la historia de esta materia, nos dice que en tiempo de aquellos emperadores se dictó un Senadoconsulto por el cual fué mitigado algun tanto el rigor, permitiendo que el donante pudiera revocar las donaciones, pero nó su heredero (8); de manera que subsistían aunque no fueran confirmadas en testamento (9) y contra toda clase de herederos incluso el fisco (10); si bien se hallaban sujetas á la detraccion de la Falcidia y sólo se cumplían despues de pagados los acreedores hereditarios (11). Justiniano, sin embargo, dispuso que si la donacion no excedía de 500 sólidos, ó excediendo de esta suma había sido insinuada, se consideraría válida desde el momento en que se hizo, bien el donante hubiera muerto sin revocarla, bien la hubiera confirmado en su última voluntad; pero si excedía de aquella cantidad y no había sido insinuada, no se consideraría válida sino cuando la confirmase expresamente y desde el momento de la confirmacion (12).

La disposicion del Senadoconsulto se extendía á todas las personas comprendidas en la prohibicion del antiguo derecho (13) y á todas las donaciones en que mediara entrega del objeto (14), aunque se verificasen por persona interpuesta (15).

Respecto á si comprendía tambien la donacion en que no

(1) D., XXIV, 1, 28.
(2) D., XXIV, 1, 37.
(3) D., XXIV, 1, 29, § 1.
(4) D., XXIV, 1, 30.
(5) C., V, 16, 9 y 16.
(6) D., XXIV, 1, 5, § 2.
(7) D., XXIV, 1, 3, § 10; 5, § 1, 3 y 4; id. id., 39.
(8) D., XXIV, 1, 32, pr. y § 2.
(9) C., V, 16, 14.
(10) C., V, 16, 1.
(11) C., V, 16, 15.
(12) C., V, 16, 25.
(13) D., XXIV, 1, 32, § 16 y 20.
(14) D., XXIV, 1, 32, § 1, 22 y 23; id. id., 59.
(15) D., XXIV, 1, 11, § 8.

mediaba entrega, discutían los jurisconsultos (1); pero Justiniano la equiparó á la donacion consumada (2).

Por último, las donaciones de esta clase se entendían revocadas:

1.° Si los cónyuges se divorciaban (3) y no volvían á continuar en matrimonio (4).

2.° Si moría el donatario ántes que el donante (5); y si la donacion hubiera sido hecha por el ascendiente en cuya potestad se hallaban los cónyuges, no se confirmaba hasta que muriese tambien el descendiente del donante (6). Igual efecto que la muerte producía la cautividad (7) si el cautivo no volvía á la ciudad despues de muerto el donante (8). Mas si el donante y donatario morían, ó se hacían cautivos, á un mismo tiempo, la donacion era válida (9).

3.° Si el donante revocaba la donacion (10); pero era indispensable que apareciese evidentemente la voluntad contraria de aquél, porque, en caso de duda, el juez debía inclinarse á tener como válida la donacion (11): y debía estarse á la última voluntad del donante quien, despues de haber revocado, pudiera arrepentirse de la revocacion (12). Cuando despues de hacer la donacion, legaba parte de las cosas donadas, subsistía respecto á las demas (13). Si enajenaba los objetos donados, se entendía revocada (14); pero si solamente los hipotecaba ó daba en prenda, la donacion subsistía (15).

4.° Si al morir el donante no tiene derecho para disponer de sus cosas, ó el donatario capacidad para recibir (16).

(C) *Qué cosas pueden donarse.*

Mientras se conservó la primitiva severidad de costumbres, fué libre el ciudadano para trasferir sus bienes á título gratuito sin restriccion alguna; mas ya hemos visto que la ley *Cincia*, y despues los emperadores, hubieron de reprimir el abuso de las donaciones. No se negó al propietario el derecho de ejercer actos de liberalidad; pero desconfiando de su cordura y de la probidad en general, quiso intervenir el Estado en las donaciones cuando fueran importantes. De esta manera

(1) D., XXIV, 1, 23 y 33.
(2) Nov. CLXII, cap. 1.
(3) C., V, 16, 18.
(4) D., XXIV, 1, 32, § 10, 11, 12, 19 y 20; id. id., 62, § 1.
(5) D., XXIV, 1, 32, § 18.—C., V, 16, 18.
(6) D., XXIV, 1, 32, § 16.
(7) D., XXIV, 1, 32, § 6.
(8) C., V, 16, 27.
(9) D., XXIV, 1, 32, § 14.
(10) C., V, 16, 15 y 18.
(11) D., XXIV, 1, 32, § 4; id. id., 22.
(12) D., XXIV, 1, 32, § 3.
(13) D., XXIV, 1, 32, § 15.
(14) C., V, 16, 12.
(15) D., XXIV, 1, 32, § 5. — Nov. CXXII, cap. 1.
(16) D., XXIV, 1, 32, § 7 y 8.—C., V, 16, 24 y 27.

procuró conciliarse el respeto á la propiedad que confiere al dueño la facultad de disponer libremente, con el bien público que exige un recto uso de los derechos.

Segun las disposiciones de Justiniano, toda donacion que excediese de 500 sólidos debía insinuarse, es decir, registrarse en las actas de los magistrados. Con esto se lograba: 1.° Dar lugar á la reflexion, que tuviera el donante cierto espacio de tiempo para arrepentirse de una resolucion indiscreta ó apasionada, miéntras practicaba las diligencias de la insinuacion, *gestis intervenientibus* (1). 2.° Asegurarse bien de la verdadera voluntad del donante, *si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest: vel id, quod verum est, aboliri*, dice Constantino al declarar que las donaciones entre personas allegadas deben tambien insinuarse (2). 3.° Que existiese una prueba auténtica de la donacion en el caso de extraviarse ó desaparecer los medios de justificarla que tuviera el donatario: *ut vel si principalia instrumenta pereant, quod facile est* (3). Para computar el valor de la liberalidad no se tomaban en cuenta los frutos de la cosa donada, á no ser que ellos mismos constituyesen el objeto de la donacion (4), y debía rebajarse el importe de las cargas que gravaran la cosa donada (5). Las donaciones hechas en diferentes épocas á favor de una misma persona no se acumulaban, ni necesitaban insinuarse cuando ninguna de ellas excediese de 500 sólidos (6). La que confiriera al donatario el derecho de cobrar cierta pension anual inferior á 500 sólidos, durante la vida del donante ó donatario, no estaba sujeta á insinuacion, porque podían vivir sólo un año ó ménos; pero si los efectos de la donacion habían de pasar á los herederos, ó se fijaba el número de pensiones, debían insinuarse (7).

Eran válidas, aunque no se insinuasen, las donaciones siguientes:

1.° Las que hacían los emperadores á los particulares, ó éstos á aquéllos (8).

2.° Las hechas por los Jefes del ejército á los soldados (9).

3.° Las que tenían por objeto redimir á prisioneros de guerra (10).

(1) C., VIII, 54, 36, § 3.
(2) C., VIII, 54, 27.
(3) Nov. CXXVII, cap. 2.
(4) D., XXXIX, 5, 9, § 1; id. id., 11.
(5) D., XXXVI, 1, 1, § 16; XXXIX, 6, 18, § 3.
(6) C., VIII, 54, 34, § 3.
(7) C., VIII, 54, 34, § 4.
(8) C., VIII, 54, 34, pr.—Nov. LII, cap. 2.
(9) C., VIII, 54, 36, § 1.
(10) C., VIII, 54, 36, pr.

4.° Las que se hiciesen para reparar un edificio destruido por incendio ó ruina (1).

5.° Las que consistían en perdonar al deudor los intereses no vencidos todavía (2).

6.° Aquellas por las que se constituía una dote (3).

7.° Las *sponsalitiæ largitates* y donaciones *propter nuptias*, que eran válidas respecto á la mujer sin necesidad de insinuarse; pero nó respecto al marido (4).

8.° Las donaciones *mortis causa* cuando se otorgaban ante cinco testigos (5).

No siendo en estos casos exceptuados, si dejaba de insinuarse la donacion, era nula en cuanto excediese de los 500 sólidos (6): por consecuencia, el donante no estaba en la obligacion de cumplirla; y si había entregado ya el objeto podía reclamarlo (7). Esta reclamacion la verificaría segun la naturaleza de la cosa donada: si admitía division, pediría cuanto excediese de 500 sólidos: si no era divisible, se hacían condueños de la cosa el donante y donatario; pero el mayor partícipe tenía derecho preferente para obligar al menor á cederle su parte mediante el precio justo, y si no quería usar de este derecho, podía ejercerle el menor partícipe contra el mayor (8).

2.° Cuáles son sus efectos: en que casos pueden revocarse.

(A) *Efectos.*

Los efectos de la donacion *inter vivos* responden á su doble carácter. Por una parte es un contrato; luego debe producir los resultados que cualquier otro acto de este género: por otra, cuando es pura donacion, sólo obliga al donante que se impone un deber espontáneamente y por sentimientos de mera liberalidad; luego como contrato de derecho estricto no produciría más obligaciones que las expresadas terminantemente, y áun estas en cuanto lo consienta la equidad (9).

Consecuencias de ser un contrato:

1.ª Una vez perfecta por el consentimiento del donante y donatario, es irrevocable: *si fuerit perfectæ temere revocari non possunt*, dice el texto (10).

(1) C., VIII, 54, 36, § 2.
(2) D., XXXIX, 5, 23, pr.
(3) C., V, 12, 31, pr.
(4) Nov. CXIX, cap. 1; CXXVII, cap. 2.
(5) C. VIII, 57, 4.—Nov. LXXXVII, pr.
(6) C. VIII, 54, 34, pr.
(7) D., XXXIX, 5, 21, § 1.
(8) C., VIII, 54, 34, § 1 y 2.
(9) D., XXXIX, 5, 22.
(10) C. IV, 6, 7; VIII, 56, 2 á 6 y 10, pr.

2.ª Que si se ha hecho *donando* ó *liberando*, el donatario adquiere en el momento la cosa ó derecho donado, pudiendo ejercitar las acciones ó excepciones correspondientes (1); si el donante solo se ha comprometido á donar, *promittendo*, el donatario exigirá el cumplimiento de la donacion por medio de la accion *ex stipulatu* ó por la *condictio ex lege* (2).

Consecuencias de obligarse únicamente el donante y por pura liberalidad:

1.ª Que el donante sólo responde del dolo ó culpa lata; v. gr., si nos dona una cosa ajena que más tarde nos reclama su dueño despues de haber hecho gastos en ella (3), á no haberse comprometido á la eviccion (4).

2.ª Tampoco es responsable de los vicios ocultos que tenga la cosa donada (5).

3.ª No debe los frutos de la cosa ni los réditos del capital donado (6), sino desde la contestacion á la demanda (7).

4.ª Goza del beneficio de competencia, ó sea, no puede ser obligado á cumplir su liberalidad más que en cuanto buenamente pueda hacerlo, *in quantum facere potest*, y previa deduccion de lo que se halle debiendo, *et quidem is solus deducto œre alieno* (8), *ne liberalitate sua inops fieri periclitetur* (9).

(B) *Casos en que se revocan.*

Por más que las donaciones *inter vivos* sean generalmente irrevocables, pueden ser revocadas:

1.º Cuando es ingrato el donatario; pero no basta cualquier género de ingratitud. Justiniano fija taxativamente los hechos que siguen: injurias graves al donante, maltratarle

(1) D., XXXIX, 5, 9, pr.; id. id., 17.—C. VIII, 54, 1, 2 y 33.

(2) C. VIII, 54, 35, § 5.

(3) D., XXXIX, 5, 18, § 3; XLIV, 1, 131, § 1.

(4) C. VIII, 45, 2.

(5) D., XXI, 1, 62.—No vemos que se opongan á esta doctrina dos fragmentos de Pomponio que figuran á continuacion uno de otro. Se dice en el primero que el heredero condenado á dar un esclavo determinado, no es responsable de los vicios ocultos que le afecten; pero sí cuando su obligacion sea de dar un esclavo en general. Consigna en el segundo que lo dicho acerca del legado debe aplicarse á aquél *qui vel Stichum vel hominem dari promisserit*, D., XXX, 45 y 46. Ahora bien, nótese: 1.º Que el segundo fragmento se refiere á la doctrina que ántes había expuesto sobre el legado, doctrina que no sabemos cuál sería, porque los fragmentos que en el Digesto vienen seguidos fueron tomados de dos obras del jurisconsulto. 2.º Que el fragmento no se ciñe concretamente al caso de donacion, sino al general en que uno *prometiera dar*, cuya promesa se comprende que le obligara á responder de los vicios cuando fuese consecuencia de un deber jurídico anterior, como sucede al heredero.

(6) D., XXVI, 1, 16, pr.; XXXIX, 5, 22.

(7) D., XII, 1, 31, pr.; XXII, 1, 38, § 7.

(8) D., XXXIX, 5, 12 y 33, pr.; XLII, 1, 19, § 1; id. id., 30; L, 17, 28.

(9) D., XLII, 1, 50.

de obra, ocasionarle una pérdida considerable de los bienes y atentar contra su vida (1). El derecho de revocar la donacion por ingratitud corresponde exclusivamente al donante: sus herederos no podrán ejercitar la accion, pero sí continuar la que hubiere dejado entablada el donante. Solamente puede intentarse contra el donatario, nó contra sus herederos ni contra las terceras personas que hubiesen adquirido legítimamente cosas donadas. Puede reclamarse la restitucion de lo donado con sus frutos desde la contestacion á la demanda, ó aquello en que se haya enriquecido el donatario, si no conserva los objetos recibidos (2).

2.° Cuando no cumple el donatario las obligaciones que se impuso al aceptar la liberalidad, en cuyo caso puede pedirse la revocacion tambien por los herederos del donante y contra los herederos del donatario (3).

3.° Por tener sucesion el patrono que carecía de ella cuando hizo la donacion en favor de su liberto (4). Ninguna ley confiere este derecho á las demas personas que se hallen en igual caso: si la ley se concreta á los patronos, es porque el patrono antiguamente podía revocar á su arbitrio la donacion hecha á su liberto (5), libertad que gradualmente fué menoscabándose (6).

4.° Cuando la donacion sea hecha en fraude de los acreedores ó perjuicio de las personas á quienes se debe legítima, como verémos en sus respectivos lugares.

3.° Reglas especiales de las donaciones de todos los bienes, remuneratorias y modales.

(A) *Donacion de todos los bienes.*

Segun el derecho antiguo no era posible donar en conjunto el patrimonio todo, porque los medios establecidos para trasferir los derechos exigían que se determinase el objeto individualmente (7). Despues que la donacion se verificó por medio de convenios, ya fué posible que abrazára todos los bienes del donante (8).

Por generales que sean los términos usados al donar de esta manera, sólo se entienden comprendidos los bienes pre-

(1) C., VIII, 56, 10.
(2) C., VIII, 56, 1, 7 y 10.
(3) C., IV, 6, 2, 3, 6 y 8; VIII, 55, 3; id. 56, 8.
(4) C., VIII, 56, 8.
(5) *Vatic. fragm.*, 272.
(6) C., VII, 56, 1. — Esta constitucion, al reproducir el fragmento vaticano citado, añade ya la circunstancia de que el liberto sea ingrato para que pueda revocarse la donacion.
(7) *Vatic. fragm.*, 263.
(8) D., XXXII, 37, § 3; XXXIX, 6, 42, pr.

sentes, nó los futuros, porque equivaldría á un pacto sucesorio que estaba reprobado (1); y los bienes presentes, deducidas las deudas que tenga contra sí el donante, porque *bona non intelliguntur, nisi deducto œre alieno* (2).

En ningun caso constituye esta liberalidad una sucesion á título universal. El donatario no se subroga en la personalidad jurídica del donante: por consecuencia, no podrá perseguir en su propio nombre á los deudores, sino como cesionario del donante; ni ser demandado por los acreedores, aunque se hubiera impuesto la obligacion de pagarles; porque los deudores ó acreedores no han intervenido en la donacion (3), por lo demas, el donante podría revocar la donacion si el donatario no cumpliese espontáneamente con el deber que se había impuesto, segun hemos dicho ántes; y los acreedores, por su parte, reclamar contra la donacion hecha en fraude suyo (4).

(B) *Donacion remuneratoria.*

Aunque toda donacion es un acto ejecutado con espontaneidad, sin tener obligacion jurídica y con el solo propósito de favorecer al donatario, en muchas ocasiones se verifica para recompensar á éste un servicio que nos ha prestado: entónces recibe la donacion el calificativo de *remuneratoria.*

Disienten mucho los expositores acerca de las donaciones que deben comprenderse bajo este nombre al efecto de producir resultados jurídicos especiales. Paulo califica de irrevocable la donacion recibida de aquél á quien se hubiese libertado de ladrones ó enemigos; *non merces eximii laboris appellanda est; quod contemplatione salutis certo modo œstimari non placuit* (5): de lo cual infieren algunos que la donacion remuneratoria es irrevocable por causa de ingratitud, solamente cuando haya tenido por objeto recompensar al que nos ha salvado la vida. Mas hablando Papiniano de la donacion hecha por Régulo, como prueba de gratitud, al preceptor del donante y de su padre, resuelve que no es *meram donationem: verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum: ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse* (6). Este nuevo ejemplo de donacion remuneratoria prueba que las de esta clase son irrevocables, por ingratitud posterior del donatario, no sólo en el caso especial de haber salvado la vida

(1) C., II, 3, 19 y 30; VIII, 39, 4.
(2) D., XXIII, 3, 72; XXXIII, 2, 43; XXXV, 2, 69; XXXIX, 5, 12; XLIX, 14, 11; L., 16, 39, § 1.
(3) D., XXIII, 3, 72.—C., VIII, 54, 22.
(4) D., XLII, 8, 17, § 1.
(5) D., XXXIX, 5, 34, § 1.
(6) D., XXXIX, 5, 27.

del donante, sino siempre que es recompensa de verdaderos servicios prestados.

(C) *Donacion modal.*

Se llama *modal*, *sub modo*, aquella donacion en que se impone al donatario la obligacion de dar ó hacer alguna cosa en beneficio del donante ó de un tercero.

Para que sea donacion el acto en que se impone un deber á la persona que recibe un objeto, es necesario que la carga sea estimable y no equivalga al valor de lo entregado, pues en otro caso resulta una obligacion comun. Ulpiano presenta los siguientes ejemplos: Si te entrego un esclavo para que le manumitas despues de cinco años, *donatio aliqua inesse videtur;* pero lo contrario sucedería si te lo entrego para que le manumitas en seguida, *hic enim nec donationem locum esse; et ideo esse obligationem* (1); cuando te prometo ciento si juras que has de llevar mi nombre, *non esse donationem; quia ob rem facta est, res secuta est* (2).

Consumada la donacion modal por parte del donante, hay derecho de exigir que el donatario cumpla por la suya; y para ello suministran las leyes varias acciones segun los casos:

1.° Si el donatario se obligó por medio de estipulacion, ejercitará el donante la accion *ex stipulatu* (3).

2.° Si no medió estipulacion, resultará un contrato innominado, en virtud del cual podrá el donante ó exigir del donatario el cumplimiento de su deber por la accion *præscriptis verbis* (4), ó usar del *jus pœnitendi*, y reclamar la devolucion del objeto mediante la *condictio causa data causa non secuta* (5).

3.° Si la obligacíon que deja de cumplir es la de suministrar alimentos al donante, podrá éste reivindicar el objeto donado, no sólo contra el donatario, sino contra cualquier poseedor (6).

4.° Si la carga impuesta á la donacion es á favor de un tercero, ni tiene accion el donante (7), ni en estricto derecho la tercera persona si no ha intervenido en el negocio; mas por equidad se le concede una accion *útil* para reclamar el cumplimiento de lo establecido en su favor (8).

(1) D., XXXIX, 5, 18, § 1.
(2) D., XXXIX, 5, 19, § 6.
(3) D., XXXII, 37, § 3.—C., VIII, 54, 9.
(4) D., XXIX, 5, 28.—C., IV, 38, 3; id. 64, 8; VIII, 54, 9 y 22.
(5) D., XXXIX, 5, 2, § 7.—C., IV, 6, 2, 3, 6 y 8.
(6) C., VIII, 55, 1.
(7) *Inst.* III, 19, § 4 y 19.—D., XLIV, 7, 11.
(8) C., VIII, 55, 3.

IV.

DONACIONES INTER VIVOS CON OCASION DEL MATRIMONIO.

Al tratar del matrimonio (pág. 89) expusimos las relaciones personales de los casados y sus hijos, dejando para este lugar cuanto se refiere á la parte económica, por seguir el órden de las Instituciones.

No siempre fué uno mismo el régimen de los bienes de las personas unidas en matrimonio: creemos que deben distinguirse las tres épocas siguientes:

1.ª En los primeros siglos de Roma, el Estado permanece extraño á todos los negocios domésticos. El Jefe de la familia, ó en su defecto el tutor agnado, deciden si la mujer ha de constituirse ó no *in manu mariti* cuando celebra nupcias: en el primer caso, la constitucion familiar exige que el *paterfamilias* adquiera potestad sobre la mujer y sus bienes en los términos que ya sabemos: en el segundo, rigen los acuerdos que aquellas personas hayan tomado con el marido ó su jefe (1).

2.ª Más tarde se proclama todavía como principio la libertad de los interesados para estipular ántes ó despues del matrimonio cuanto estimen conveniente (2), y en comprobacion de ello vemos referir por Scévola un caso de sociedad universal de bienes en que habían vivido marido y mujer por espacio de más de cuarenta años (3); pero la disolucion de las *gentes* y el cambio de costumbres hacen necesaria la intervencion del Estado. Por una parte, las leyes organizan el sistema dotal, como verémos en el presente Título y en el inmediato; por otra, se reprime el abuso de aquella libertad, prohibiendo ciertas convenciones; así Paulo nos dice ya: *Ex pactis conventis, quæ ante nuptias, vel post nuptias interponi solent; alia ad libertatem pertinent; alia ad jus pertinent... in quibus non semper voluntas contrahentium servatur* (4). Difícil y ocioso fuera enumerar todos los pactos prohibidos; bastará indicar los principales conceptos en que lo estaban, y algunos ejemplos de cada clase.

Reglamentado legalmente el sistema dotal, no podian ser válidos los pactos que se opusieran á lo establecido, perjudi-

(1) Pág. 67.—*Historia*, págs. 126 y 131.

(2) D., XXIII, 4, 1, pr.

(3) D., XXXIV, 1, 16, § 3.

(4) D., XXIII, 4, 12, § 1.

cando los derechos de la mujer sobre la conservacion y devolucion de la dote (1), ó los del marido, privándole de los frutos de las cosas dotales (2).

Como opuestos á la moral, se prohibían los pactos en que se conviniese no reclamar contra el cónyuge que sustrajera bienes del otro (3); que el marido no gozára del beneficio de competencia (4); que por parte del marido había de garantirse la restitucion de la dote (5).

Para impedir que se burlasen las leyes prohibitivas de las donaciones entre cónyuges, eran nulos todos los pactos que contuviesen una donacion; v. gr., que el marido no reclamaría las impensas necesarias hechas en los bienes dotales; que el cónyuge no revocaría la donacion que hiciera á su consorte (6).

3.ª Llega por fin la época de Justiniano, y se introduce una trascendental innovacion en el régimen de los bienes de los casados. Hasta entónces, solamente los que la mujer traía en dote formaban el caudal permanente de la familia: desde Justiniano, tambien el marido deberá aportar al fondo comun bienes de su propiedad equivalentes al valor de la dote, constituyendo una donacion *propter nuptias*; de manera que el patrimonio familiar se ha duplicado, y no cabe decir que en los últimos tiempos el sistema romano fuese dotal exclusivamente.

Vengamos ahora á los pormenores de estas instituciones.

1.° DOTES: SU DEFINICION, ORÍGEN Y CLASES: QUIÉNES, SOBRE QUÉ COSAS Y EN QUÉ FORMA LAS CONSTITUYEN: CUÁLES SON SUS EFECTOS.

(A) DEFINICION.

Entiéndese por dote: *los bienes que la mujer ú otra persona da ó promete dar al marido para que sostenga las cargas del matrimonio y los devuelva en los casos establecidos por la ley ó por el convenio.*

No es de esencia el que los bienes dotales rindan productos que se destinen á cumplir las obligaciones del matrimonio, porque pueden darse en dote cosas improductivas, como la nuda propiedad de un fundo (7) y prendas de mero orna-

(1) D., XXIII, 3, 25, 26, 27 y 28; id. 4, 2, 6, 14, 16, 21, 27 y 29, pr.—C. V, 14, 3.
(2) D., XXIII, 4, 4.
(3) D., XXIII, 4, 5 § 1.
(4) D., XXIV, 3, 14, § 1.
(5) *Si enim credendam mulier sese, suamque dotem patri mariti existimavit; ¿quare fidejussor, vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiæ in connubio eorum generetur?* C. 5, 20, 2.
(6) D., XXIII, 4, 5.
(7) D. XXIII, 3, 4.—C., V, 12, 17 y 18.

to (1); pero se expresa en la definicion que este es el fin de la dote por dos razones:

1.ª Porque así lo consignan en general los textos (2), cuyos principios son: *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (3): *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est* (4).

2.ª Para distinguir los bienes *dotales* de los *parafernales*, que son *los que pertenecen á la mujer cuando se casa ó adquiere despues de casada, pero que no incluye en la dote* (5). Hé aquí una sucinta idea de ellos.

La celebracion del matrimonio impone á la mujer nuevas obligaciones, y para subvenir á cumplirlas lleva la dote; pero no extingue las que tuviera contraidas ni impide que nazcan otras nuevas, v. gr., la indigencia de personas allegadas. Por otra parte, la relajacion de costumbres indujo á las mujeres á procurarse una independencia que en los antiguos tiempos no se hubiera comprendido. Tales fueron los motivos más poderosos por los cuales se generalizó la práctica de que la mujer se reservase la libre administracion y disposicion de todos los bienes que no entregaba en dote, usando de la libertad que, segun hemos dicho, se mantuvo siempre como principio en la materia.

Sobre estos bienes no tenía el marido otros derechos sino los que la mujer le concediera expresamente (6); son, sin embargo, bien significativas las palabras usadas por Teodosio y Valentiniano al consignar esta doctrina, y manifiestan cuán poco satisfacía á los mismos que la sancionaban: *Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat*: QUAMVIS ENIM BONUM ERAT, MULIEREM, QUÆ SE IPSAM MARITO COMMITTIT, RES ETIAM EJUSDEM PATI ARBITRIO GUBERNARI; *attamen quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores, nullo modo (ut dictum est) muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere* (7).

Segun atestigua Ulpiano, era costumbre entregar al marido los bienes parafernales mediante un escrito que servía para exigir oportunamente su devolucion, utilizando al efecto las acciones *reivindicatoria*, de *mandato* ó *depósito*, segun el concepto bajo el cual se le hubiesen entregado (8); bien en-

(1) C. V, 12, 31, § 2.
(2) D., X, 2, 46; XVII, 2, 65; § 16; XX, 6, 8, § 13; XXIII, 3, 7, pr.; id. 4, 1; XXIV, 1, 21, § 1.
(3) D., XXIII, 3. 56, § 1.
(4) D., XXIII, 3, 76.
(5) D., XXIII, 3, 9, § 2.
(6) D., XXIII, 3, 9, § 3.
(7) C., V, 14, 8.
(8) D., XXIII, 3, 9, § 3.

tendido que de las adquisiciones posteriores á la celebracion del matrimonio, sólo se consideraban parafernales aquellos bienes que la mujer demostrase haber adquirido legítimamente, pues en caso de duda se suponía haberlos recibido de su marido ó de persona sujeta á potestad de éste; *evitandi autem turpis quæstus gratia circa uxorem hoc videtur* (1).

La devolucion de los parafernales, caso de haberse entregado, tenía lugar cuando se disolvían las nupcias (2). El marido venía obligado á prestar en el ejercicio de los derechos que se le concedieran, la culpa leve *in concreto, qualem et circa suas res habere invenitur;* y á la responsabilidad de su gestion quedaban hipotecados por ministerio de la ley, aunque sin privilegio, cuantos bienes le pertenecían (3).

(B) ORÍGEN DE LAS DOTES.

Cuando en los primitivos tiempos la mujer pasaba *in manum mariti*, perdía todos los derechos en la familia de su padre; y como á la muerte de éste no venía á sucederle, era natural que la diera ciertos bienes al casarse por vía de compensacion. Aunque este motivo no existía en el matrimonio sin *manus*, vino, sin embargo, á ser frecuente la constitucion de dote, porque no era decoroso casarse indotada; y las leyes mismas fomentaron esta opinion proclamando de interes público el que las mujeres tuvieran dote. Por eso vemos que en el derecho antiguo tenían los clientes obligacion de dotar á las hijas de su patrono en caso de necesidad; y en el nuevo, los ascendientes paternos de la mujer. Por eso se consigna el favorable principio *in ambiguis pro dotibus respondere melius est* (4) que muchas leyes aplican á casos concretos (5).

(C) CLASES DE DOTE.

Bajo tres conceptos se clasifican las dotes: 1.° Segun la procedencia de los bienes, puede ser *profecticia* ó *adventicia*. 2.° Segun la manera de constituirse, *inestimada* y *estimada*. 3.° Segun la espontaneidad con que procede el constituyente, *necesaria* y *voluntaria*.

Profecticia, Ulpiano la define: *Quæ a patre vel parente profecta est, de bonis vel facto ejus* (6). Dice del *padre ó ascendiente* refiriéndose al paterno, ya sea natural ó adoptivo (7), y bien esté ó nó constituida en su potestad la descen-

(1) D., XXIV, 1, 51.
(2) C., V, 16, 17.
(3) C., V, 14, 11.
(4) D., XXIII, 3, 70; L, 17, 85, pr.
(5) D., XXIII, 3, 9, § 1; id. id., 48, y 57; id. 4, 11 y 20, § 2, etc.
(6) D., XXIII, 3, 5, pr.
(7) D., XXIII, 3, 5, § 13.

diente (1). Se entiende que procede *ex bonis ejus*, aunque el ascendiente no tuviera verdadero dominio, sino sólo posesion de buena fe, sobre los bienes donados (2), ó diese cierta cantidad que había tomado á préstamo, una vez que hubiere sido consumida (3). Concluye diciendo *vel facto ejus*, porque sería tambien profecticia la que otra persona constituyera por encargo del ascendiente, ó sin previo encargo, pero cuya constitucion ratifica despues el ascendiente (4); la que entrega el que se obligó á cumplir la promesa del padre (5), ó una persona sujeta á la potestad del ascendiente (6), ó el curador del ascendiente cuando éste es pródigo ó furioso; y por último, la que se da de los bienes del ascendiente por decreto de la autoridad, cuando aquél se halla cautivo ó secuestrado (7).

Adventicia se llama cuando se forma con bienes que no son del ascendiente paterno ni se constituye bajo su responsabilidad. Es, pues, adventicia la que el ascendiente paterno proporciona renunciando la herencia ó el legado á que el marido fuese llamado como sustituto, porque esos bienes no habían llegado á ser propiedad del ascendiente (8); la que el ascendiente da, no en concepto de tal, sino en otro distinto, v. gr., como fiador del que prometió dote á su descendiente (9) ó como deudor de la misma (10); la que constituye la mujer, aunque sea con bienes que anteriormente hubiera recibido de su padre (11); y toda la que proceda de un extraño, entendiéndose persona extraña todo el que no es ascendiente por la línea paterna (12).

En el Título siguiente verémos que la procedencia de los bienes determina la persona á quien deben ser restituidos cuando fallezca la mujer: si la dote es *profecticia*, se devuelve al constituyente: si *adventicia*, pasa á los herederos de la mujer, á ménos que el dotante hubiera impuesto la condicion de que le fuese devuelta, en cuyo caso toma el nombre de *recepticia*.

Inestimada es la dote cuando no se aprecia el valor de los objetos que la constituyen. En este caso, al llegar la época de la restitucion, deben aquéllos ser devueltos *in specie*, tal como entónces se hallen; porque corresponden á la mujer los aumentos que hayan tenido, lo mismo que su deterioro y pér-

(1) D., XXIII, 3, 5, § 11.
(2) D., XXIII, 3, 6, § 1.
(3) D., XXIII, 3, 81.
(4) D., XXIII, 3, 5, § 1.
(5) D., XXIII, 3, 5, § 7.
(6) D., XXIII, 3, 5, § 8.
(7) D., XXIII, 3, 5, § 4.
(8) D., XXIII, 3, 5, § 5.
(9) D., XXIII, 3, 5, § 6.
(10) D., XXIII, 3, 5, § 9 y 11.
(11) D., XXIII, 3, 51.
(12) C., V, 13, un. § 13.

dida no imputables al marido (1). Respecto de las cosas que no puedan ser devueltas por culpa de un tercero, cumple el marido con ceder á la mujer las acciones correspondientes (2).

Estimada. Recibe la dote este nombre siempre que se exprese el valor de los objetos dotales. Los resultados de esta manera de constituirse pueden ser muy varios segun el fin con que se hayan valuado las cosas. Por regla general, siempre que se aprecian los objetos dotales se entiende que la estimacion se ha hecho *venditionis causa*, esto es, que se ha verificado una venta en favor del marido, y que el precio constituye el objeto de la dote en lugar de las cosas entregadas, cuyo aumento, deterioro ó pérdida, serán de cuenta del marido (3). No producirá este resultado la apreciacion de los objetos: 1.º Cuando se establezca que han de restituirse *in specie* (4); porque entónces el propósito del constituyente es fijar el valor actual de los bienes para que cuando llegue la época de la restitucion se estime fácilmente la responsabilidad del marido en el caso de que se hubieran deteriorado ó perdido por su culpa; entónces se dice que la estimacion es *taxationis causa*. 2.º Cuando el aprecio se hace para que en su dia sean devueltas, ó las mismas cosas *in specie*, ó su valor: en este caso, no habiéndose reservado la mujer el derecho de elegir, es árbitro el marido para devolver el precio ó las cosas, aunque estén deterioradas sin culpa suya; pero si hubieran perecido, deberá en todo caso restituir su valor (5).

Necesaria y *voluntaria*. Se aplica el primer calificativo á la dote constituida en cumplimiento de un deber jurídico; y el segundo, á la constituida por mera liberalidad: veamos las que se hallan en uno y otro caso.

(D) Quiénes constituyen la dote.

La dote puede ser constituida por todo el que goza de la libre disposicion de sus bienes; pero hay personas que tienen absoluta obligacion de constituir dote, y otras que vienen obligadas en determinadas circunstancias.

Se hallan en el primer caso:

1.º El ascendiente paterno. Tuvo su orígen esta obligacion en la ley *Julia* que la imponía respecto á la descendiente sujeta á potestad, considerando un deber paterno el procurar

(1) D., XXIII, 3, 4; 10, pr. y § 1 y 2; 69, § 9; XXIV, 3, 18, § 1.—C., V, 3; un. § 9.

(2) D., XXIII, 3, 69, § 9.

(3) D., XIX, 2, 3; XXIII, 3, 10, pr. y § 4 y 5; id. id., 14, 15, 16 y 69, § 8, XXIV, 3, 51.—C., V, 12, 1, 5 y 10; id. 13, un. § 9.

(4) D., XXIII, 3, 69, § 7; XXIV, 3, 50.—C., V, 12, 5 y 21.

(5) D., XXIII, 3, 10, § 6; id. id. 11.

la colocacion de sus descendientes y facultando á los magistrados para estrechar al cumplimiento de este deber (1). Aunque la hija tenga bienes propios, esté ó no emancipada, si el padre la dota, se entiende que lo hace con sus bienes propios, nó con los de la hija (2). Cuando por haberse disuelto el matrimonio, el padre recobra la dote, si la hija vuelve á casarse, debe aquél darla íntegra la dote recobrada á ménos que hubiese venido á la indigencia (3).

2.° El curador tiene tambien obligacion de constituir para la menor una dote proporcionada á su fortuna y á la dignidad de ambos cónyuges (4); y si no lo hace, puede ser compelido por el magistrado (5). Si constituyese, viceversa, una dote desproporcionada, será nula en el exceso (6). Por lo demas, puede darla en bienes ó en dinero cuando así lo exigiese el marido, vendiendo los objetos con autoridad del magistrado (7).

3.° Finalmente, todo el que hubiese adquirido un compromiso anterior ó á quien se hubiera impuesto el deber en última voluntad.

Pertenecen á la segunda clase:

1.° La madre, que no está obligada á dotar *nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa;* de manera que ni áun el padre podía constituir dote con los bienes de su mujer si ésta se oponía (8). Un caso excepcional marcado por la ley, es el de que la madre fuera secuaz de una de las sectas prohibidas y la hija ortodoxa (9).

2.° La mujer no tenía obligacion legal de constituir dote, pero sí moral ó de decoro: por esto, cuando creyéndose obligada, constituía dote, no podía repetirla: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest* (10). Consecuencia del mismo principio era que si despues de divorciada volvía á reunirse con su marido sin haberle reclamado la dote, se presumiese que la constituía de nuevo (11).

(E) Sobre qué cosas puede constituirse.

Objeto de la dote pueden ser todas las cosas corporales é incorporales susceptibles de formar el patrimonio del indi-

(1) D., XXIII, 2, 19.
(2) D., XXIII, 3, 5, § 11 y 12.—C. V, 11, 7.
(3) Nov. XCVII, cap. 5.
(4) D., XXIII, 3, 60; XXVI, 7, 52; XXXII; 43.
(5) C., V, 37, 9.
(6) D., XXIII, 3, 61, pr.
(7) D., XXIII, 3, 61, § 1.
(8) C., V, 12, 14.
(9) C., I, 5, 19, § 1.
(10) D., XII, 6, 32, § 2.
(11) D., XXIII, 3, 13, 30, 31, 40 y 64.

viduo. Así declaran las leyes que pueden serlo la parte indivisa de una cosa (1) y los créditos (2). Cuando la mujer aporta en dote todos sus bienes, no establece una sucesion universal á favor del marido; se entiende deducido *œre alieno*, y el esposo no podrá ser reconvenido por los acreedores de la mujer (3).

(F) En qué forma se constituye.

Antes de los emperadores Teodosio y Valentiniano se constituyeron las dotes de tres maneras, que expresa Ulpiano con este laconismo: *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (4). Veamos en qué consistían esas diferentes formas.

Datur. Trasfiriendo desde luego el objeto, segun su naturaleza. Cuando se trataba de una cosa corporal ó derecho real, por la *mancipatio* ó la *in jure cessio*, antiguamente; y despues por la *traditio* (5): cuando de un crédito, por la delegacion ó cesion (6): cuando de libertar al marido de una deuda ó derecho, por la aceptilacion ó la renuncia (7).

Dicitur. Nos faltan detalles sobre esta manera de constituir la dote; hay, sin embargo, los suficientes para formarnos una idea aproximada. Gayo la enumera entre las obligaciones *quas nulla prœcedente interrogatione contrahi possunt*; y tanto él como Ulpiano dicen que semejante forma sólo podían usarla el ascendiente paterno, la mujer misma ó un deudor de la mujer por órden de ella (8). Puede, pues, inferirse: 1.° Que era una promesa ó declaracion de constituir dote, verificada sin que hubiera precedido la pregunta correspondiente que exigía la estipulacion, á cuya promesa seguía la aceptacion por parte del marido (9). 2.° Que esta dispensa de solemnidad fué introducida únicamente en obsequio de las personas á quienes se creyó útil darles facilidad para constituir la dote.

Promittitur, esto es, comprometiéndose á dotar mediante la estipulacion. Como esta era la forma general de contraer las obligaciones, todos podían usarla; y Paulo consigna que *promittendo dotem, omnes obligantur, cujuscumque sexus conditionisque sint* (10), sin duda en contraposicion á la *dictio*

(1) C., V, 12, 16.
(2) D., XXIII, 3, 44, § 1; id. id., 45, § 1; id. id., 57.
(3) D., XXIII, 3, 72, pr.—C., V, 12, 4.
(4) *Fragmentos*, VI, 1.
(5) Gayo, II, 63.
(6) D., XII, 4, 9, § 1; XXIII, 3, 36, 56, pr., y 78, § 5; XXIV, 3, 49.—C., IV, 10, 2.
(7) D., XXIII, 3, 41, § 2; id. id., 43 y 58, § 1; id. 5, 14, § 3.
(8) Gayo, *Epitome*, II, 9, 3.—Ulpiano, VI, 2.
(9) A esta forma de constitucion se refiere sin duda el pasaje de Plauto cuando dice Chremes: *Dos, Pamphile, ést talenta quindecim;* y éste contesta: *Accipio*. (*Andria*, act. 5, esc. 4.)
(10) D., XXIV, 3, 41.

dotis que, segun hemos visto, era permitida únicamente á personas determinadas.

Teodosio y Valentiniano dieron fuerza obligatoria á toda promesa de dote, cualquiera que fuese la forma en que se verificara (1): desde entónces ya no fueron necesarias ni la estipulacion ni la *dictio dotis*, y pudo constituirse ora entregando los bienes, ora conviniendo simplemente que se entregarían.

Puede ser esta promesa pura ó condicional, á dia determinado ó indeterminado, alternativa, marcando su cuantía ó sin marcarla.

La promesa condicional tendrá ó no validez segun el éxito de la condicion, lo mismo que cualquier otro acto jurídico cuyo resultado se hace depender de un acontecimiento futuro é incierto. Mas aunque no se haya expresado condicion alguna, siempre lleva consigo implícitamente la de *si nuptiæ fuerint secutæ* (2).

El mismo principio domina respecto de los plazos que se hayan fijado para entregar la dote. Así, no es válido estipular que se entregará cuando se hubiere disuelto el matrimonio (3); y el plazo señalado, v. gr., *en el año próximo*, se cuenta, no desde que tuvo lugar la promesa, sino desde que el matrimonio se celebra (4).

Si el plazo fuese indeterminado, v. gr., *cuando pueda; cuando me sea cómodo*, la entrega debe realizarse tan luego como su fortuna lo permita (5).

En el caso de haber ofrecido varias cosas alternativamente, corresponde la eleccion al obligado (6).

Cuando no se determinan las cosas que han de ser objeto de la dote, será ó nó válida la promesa segun los términos que se hayan empleado. Si prometió simplemente *que dotaria*, ninguna accion existe para demandar el cumplimiento (7); si dijera *en lo que sea mi voluntad*, se estimará al arbitrio de buen varon (8); y cuando esta promesa la hubiera hecho el padre de la mujer, en proporcion á sus facultades y dignidad del marido (9).

Por lo demás, la dote puede constituirse áun ántes de celebrarse los esponsales, y será válida en cualquier tiempo en que se realice el matrimonio; pero caducará si la mujer con-

(1) C., V, 11, 6.
(2) D., XXIII, 3, 21, 22, 23, 41, 68 y 83.
(3) D., XXIII, 3, 20.
(4) D., XXIII, 3, 48.
(5) D. XXIII, 3, 79, § 1; L, 16, 125.
(6) D., XXIII, 3, 46, § 1.
(7) C., V, 11, 1.
(8) C., V, 11, 3.
(9) D., XXIII, 3, 69 § 4.

trajera su primer matimonio con persona distinta de la que se propuso el donante (1): de todos modos, las cosas no tienen el carácter de dotales, sino miéntras dura el matrimonio (2). Puede tambien constituirse, aumentarse y cambiarse despues de celebrado el matrimonio, pues no se considera que la dote es adquisicion por causa lucrativa (3).

(G) Cuáles son sus efectos

Sometida, como hemos dicho, la validez de una dote á la condicion *si nuptiæ fuerint secutæ*, necesitamos distinguir si esta condicion ha sido ó nó cumplida.

Cuando consta ciertamente que el matrimonio no se realizará, v. gr, se han roto los esponsales, la constitucion de la dote queda sin efecto (4): por consecuencia se invalidan las cesiones de los créditos y el constituyente puede reclamar los objetos corporales entregados, ejercitando al efecto las acciones *causa data, causa non secuta*, ó la reivindicacion, segun haya trasferido ó nó el dominio (5). Estas acciones son tan privilegiadas como las que verémos se entablan para la restitucion de la dote (6).

Viceversa, cuando se realiza el matrimonio, los efectos de la constitucion de la dote deben naturalmente responder á la naturaleza de este acto jurídico; y como es muy compleja, de ahí proviene que no todos ellos se encuentran bien definidos. Indicarémos brevemente lo sustancial en la materia, y cuál era la doctrina legal en nuestro juicio.

Si nos fijamos en las personas que adquieren derechos por virtud de la constitucion de la dote, vemos que el acto presenta un carácter vario. Para la mujer es una especie de donacion cuando la constituye un tercero, y así la llaman las leyes, puesto que su objeto es enriquecerla (7). Para el marido, no consideran las leyes que sea una adquisicion puramente lucrativa, y le equiparan á un comprador ó acreedor, porque se le da para sostener las cargas del matrimonio (8); pero la obligacion de sostener las cargas del matrimonio, ni las contrae directamente el marido con el que dota, ni es efecto de haber recibido la dote, supuesto que la tendría aunque no existiese dote alguna: de manera que tampoco puede consi-

(1) D., XXIII, 3, 58, pr

(2) D., XXIII, 3, 3; XLI, 9, 1, § 3 y 4.

(3) D., XXIII, 3, 7, § 3; id. id., 25, 26 y 27.—C., V, 3, 19 y 20.

(4) D., XII, 4, 8; XXIII, 3, 7, § 3; id. id., 80 y 83.

(5) D., XII, 4, 6 á 10; XXIII, 1, 10; XXIII, 3, 7, §, 3; 8, 9, pr. y § 1; 10, § 4; 17, § 1; 36, 37 y 43, pr.; XXIV, 3, 29, § 1.

(6) D., XXIII, 3, 74; XXIV, 3, 22, pr. y § 13, id. id., 29, § 1; id. id., 56; XLII, 5, 17, 18 y 19.

(7) D., XII, 4, 9, pr.; XXIII, 3, 33 y 43, § 1.

(8) D., XX, 6, 8, § 13; XXIV, 1, 21, § 1; XLIV, 7, 19.

derarse en rigor la constitucicn de dote, como un contrato oneroso.

Si tomamos en cuenta las diversas personas que constituyen la dote, unas veces proceden espontáneamente, mas otras lo hacen para cumplir un deber jurídico exigible; de suerte que en este último caso no es posible calificar la dote de verdadera donacion.

Si, por último, consideramos los objetos que forman la dote, ora se entregan con estimacion, ora sin ella; y ya sabemos los distintos resultados que esto produce.

A tan diferentes consideraciones responden los efectos legales que siguen:

Los cónyuges tienen en sus respectivos casos el derecho de exigir la entrega de la dote (1).

Trascurridos los dos primeros años despues de haber contraido el matrimonio sin entregarse la dote, hay obligacion de pagar intereses (2).

Los bienes del que promete dotar qnedan obligados por ministerio de la ley al cumplimiento de la promesa (3).

El extraño que voluntariamante promete una dote, el padre de la mujer y ésta misma gozan del beneficio de competencia (4).

La dote constituida por un insolvente, puede rescindirse á instancia de los acreedores (5).

No conocemos ley que haga responsable al dotante de los vicios ocultos que puedan tener las cosas dotales. Respecto á la eviccion, una constitucion de Severo y Caracalla (6) distingue los casos siguientes: 1.° Cuando la dote se ha dado en cumplimiento de una promesa anterior, es siempre responsable (7). 2.° Cuando, sin haberla ofrecido previamente, se limita á entregar de buena fe los objetos, responde si constituye dote estimada, como equivalente á una venta (8); pero nó si inestimada (9).

2.° «SPONSALITIÆ LARGITATES:» SU DEFINICION, NATURALEZA Y EFECTOS.

Hemos dicho anteriormente que la prohibicion de donaciones entre marido y mujer comenzaba desde que se contraía el matrimonio, pero que siempre estuvieron permitidas

(1) D., XXIII, 3, 48, § 1, — C., V, 11, 5.
(2) C., V, 12, 31, § 2.
(3) C. V, 13, un. § 1.
(4) D., XXIII, 3, 33.
(5) D., XLII, 8, 14 y 25, § 1.
(6) C., V, 12, 1.
(7) D., XLVI, 3, 98, § 1.
(8) D., XIX, 1, 52, § 1; XXIII, 3, 16.
(9) D., XXIII, 3, 69, § 7.

entre los esposos ántes de celebrar el matrimonio, aunque se realizáran en el mismo dia de su casamiento.

Eran, pues, donaciones esponsalicias *los regalos que mútuamente solían hacerse los esposos en contemplacion al matrimonio que iban á realizar.*

Como toda donacion ordinaria *inter vivos*, podían hacerse puramente, es decir, irrevocables, ó condicionalmente, bajo el propósito de que se revocáran cuando el matrimonio no se llevase á efecto (1). Mas despues de Constantino, se sobreentiende que todas llevan la condicion de *si se realiza el matrimonio;* faltando esta condicion, producen diferentes resultados segun los casos: 1.ª Si el matrimonio deja de llevarse á efecto por causa del donante, no puede repetir éste lo dado y debe entregar lo que prometió. 2.º Si por causa del donatario, está obligado á devolver lo recibido. 3.º Si por muerte de uno de ellos, hay que subdistinguir: cuando fuere la esposa quien hubiera hecho la donacion, queda ésta siempre revocada: cuando hubiese donado el esposo, tambien se revocará por completo, *osculo non interveniente;* mas en otro caso, se revocará únicamente en la mitad de su valor (2).

3.º DONACIONES «PROPTER NUPTIAS:» SU DEFINICION, NATURALEZA Y FIN ANTES Y DESPUES DE JUSTINIANO.

§ 3. *Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat; ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nusquam post* (3) *nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenerit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permissit; sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos, plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant, et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur, et dotibus in hoc exequentur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et*

(1) D., XXXIX, 5, 1, § 1.—C., V, 3, 10 y 11.

(2) C., V, 3, 15 y 16.

(3) C., numquam.

istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituantur.

Hasta Justiniano la donacion *propter nuptias* no presenta un carácter bien definido. El Emperador nos dice que eran muchas las quejas contra los maridos, fundadas en que hacían donaciones conocidas de antiguo bajo el nombre de *ante nuptias*, y no las insinuaban para que careciesen de validez, resultando que el marido se lucraba con la dote, y la mujer no tenía derecho á la donacion (1).

Estas palabras y el nombre especial de *ante nuptias* prueban, en nuestro sentir, que aparte de los regalos mutuos *sponsalitiæ largitates*, manifestados anteriormente, la costumbre había establecido que el esposo hiciese ántes del matrimonio una donacion á su esposa tomando en consideracion la dote que ésta aportaba. La denominacion de *ante nuptias* se explica naturalmente, porque despues de casados era nula toda donacion entre los cónyuges; pero como Justino permitió constituirla en el caso de que la dote hubiese aumentado durante el matrimonio (2), y Justiniano aunque no mediára esta circunstancia, ya no era propio el nombre antiguo y le sustituye con el de *propter nuptias*, llamándola tambien *antipherna* y *propter dotem* (3).

Mas las reformas de Justiniano se extienden no sólo al nombre, sino á la naturaleza y á al fin de esta donacion. Ya no es, como antiguamente una liberalidad espontánea del marido, sino el cumplimiento de una obligacion estrictamente legal; porque se impone al marido la necesidad de constituir en donacion *propter nuptias* bienes por igual valor al de la dote. En suma, la donacion *propter nuptias* es la parte de bienes, la dote, por decirlo así, que el marido debe llevar al fondo comun y destinada al sostenimiento de las cargas matrimoniales, como la dote de su mujer. De esta manera viene á igualarse la condicion de ambos, á garantirse la restitucion de la dote, y á duplicar los recursos permanentes de la familia. El régimen económico familiar ha sufrido un cambio trascendental, segun dijimos al principio de esta materia.

Dirémos, pues, que donacion *propter nuptias* es *la que el marido tiene obligacion de constituir á favor de su mujer en igual valor al de la dote.*

Por consecuencia de este nuevo carácter, queda relacionada con la dote en los términos siguientes:.

(1) C., V, 3, 20, pr. (2) C., V, 3, 19. (3) C. V. 3, 20.

1.° El padre tiene obligacion de constituirla en favor del hijo, como la dote en favor de la hija (1).

2.° Debe constituirla el marido siempre que la mujer lleve una dote (2), por el mismo valor en que la dote consista (3), y sin que pueda ser mayor (4); pero si la dote se aumenta durante el matrimonio, debe aumentarse la donacion en igual cuantía (5).

3.° Los pactos que se establezcan con respecto á la dote, se aplican igualmente á la donacion *propter nuptias*, y viceversa (6).

4.° La donacion debe insinuarse cuando llegue á 500 sólidos; pero la mujer no pierde su derecho aunque el marido haya omitido la insinuacion (7).

DERECHOS DE AMBOS CÓNYUGES, YA DURANTE EL MATRIMONIO, YA DISUELTO ÉSTE, SOBRE LAS COSAS OBJETO DE LA DONACION.

Durante el matrimonio, continúa perteneciendo al marido; ni podía ser otra cosa cuando se hace dueño de la misma dote aportada por su mujer. La administra libremente, destinando sus productos á las obligaciones del matrimanio, pero no puede vender los bienes donados ni hipotecarlos (8): esto comprueba que el marido permanece dueño; porque de no serlo, carecería de objeto la prohibicion.

Si el marido se reduce á la indigencia, la mujer tiene igual reclamacion que en la dote (9).

Disuelto el matrimonio, se observarán en primer término los pactos que sobre la donacion hubieran establecido los cónyuges (10). No mediando especial convenio, hay que distinguir la causa de su disolucion: 1.° *Por muerte de la mujer*, los herederos de ésta carecen de todo derecho: el marido readquiere el libre ejercicio de las facultades que constituyen el dominio (11). 2.° *Por muerte del marido*, se hace de la mujer cuando no hay sucesion; pero si quedan hijos, la propiedad corresponde por iguales partes á ellos y á la madre, conservando ésta todo el usufructo (12). 3.° *Por divorcio de que sea*

(1) C., V, 11, 7.
(2) Nov. XCI, cap. 2.
(3) C., V, 14, 9 y 10.—Nov. XXII, cap. 20; XCVII, cap. 1.
(4) C., V, 3, 19 y 20.—Nov. XCVII, cap. 2; CXIX, cap. 1.
(5) Nov. XCVII, cap. 2.
(6) C., V, 14, 9.—Nov. XXII, cap. 20.
(7) Nov. CXIX, cap. 1; CXXVII, capítulo 2.
(8) Nov. LXI, cap. 1.
(9) C., V, 12, 29.
(10) C., V, 3, 7; id. 12, 31.
(11) C., V, 3, 18.—Nov. XXII, cap. 20, § 1.
(12) Nov. XCVIII, cap. 1; CXXVII, cap. 3.

culpable la mujer, no adquiere ésta derecho alguno (1). 4.° *Por divorcio de que sea culpable el marido*, pasa á la mujer en aquella parte que se haya estipulado respecto de la dote para el caso en que fuese culpable la mujer (2).

La mujer tiene garantidos sus derechos mediante una hipoteca legal no privilegiada sobre todos los bienes del marido (3).

El último párrafo del título ni debía figurar en él, ni ofrece interes. Cuando un condueño manumitía al esclavo, su parte de dominio pasaba al otro condueño. Justiniano declara, por el contrario, que en este caso el esclavo se haga libre, y el condueño que no manumitió deberá ser indemnizado de su porcion en el dominio, con arreglo á la tarifa que establece basada en la edad y en el oficio del esclavo (4). Es una de tantas innovaciones favorables á la libertad que el Emperador introdujo. Dice así el párrafo:

§ 4. *Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit, vel vindicta, vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, et socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, et libertate servum defraudari, et ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem* (5) *lucrum accrescere: hoc, quasi invidiæ* (6) *plenum, pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus; et invenimus viam, per quam et manumissor, et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro fruantur beneficio, libertate cum effectu procedente (cujus favore et antiquos legislatores multa et* (7) *contra communes regulas statuisse manifestissimum est* (8), *et eo, qui eam imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, et socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

(1) C., V, 17, 8, § 4.
(2) C., V, 17, 8, § 4 y 5.—Nov. CXVII, cap. 9.
(3) C., VIII, 18, 12, § 2.—Nov. CIX, cap. 1.
(4) C., VII, 7, 1.
(5) C. severioribus autem dominis.
(6) C. invidia.
(7) C. etiam.
(8) C. manifestum.

TÍTULO VIII.

Á QUIENES SE PERMITE Ó NÓ ENAJENAR.

1.° Principio general: excepciones del mismo.—2.° Derechos del marido y de la mujer sobre los bienes dotales.—3.° Derecho del acreedor para enajenar los bienes hipotecados ó empeñados.—4.° Derechos del tutor ó curador, y capacidad del menor para enajenar los bienes de éste.

1.° Principio general: excepciones del mismo.

Las Instituciones han expuesto en los Títulos anteriores los varios modos singulares de adquirir por actos *inter vivos*. Para completar esta materia, reseñan en el actual las personas *de quienes*, mediante aquéllos, podemos adquirir; y en el inmediato, las personas *por cuyo ministerio* podemos hacerlo.

Bajo la palabra *enajenar* se comprende no sólo la traslacion del dominio y la manumision de los esclavos, sino el dar una cosa en enfiteusis, prenda ó hipoteca y el gravarla con servidumbre (1).

Como en todos estos casos hay pérdida del dominio ó de alguna facultad que le constituye, claro es que generalmente todo dueño, pero sólo el dueño, podrá ejecutar con validez actos de semejante naturaleza. Tan evidente le parece á Justiniano este principio, que le da por supuesto; y se limita á decirnos las excepciones que sufre en ambos sentidos, esto es, los que siendo propietarios no pueden enajenar y los que no siéndolo pueden hacerlo; en el primer caso coloca al marido y al pupilo; en el segundo, al acreedor con prenda ó hipoteca: los examinarémos separadamente.

2.° Derechos del marido y de la mujer sobre los bienes dotales.

§ inicial. *Accidit aliquando, ut, qui dominus sit, alienare non possit, et contra, qui dominus non sit alienandæ rei potestatem habeat.*

Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in soli tantum modo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant, et alienationes inhi-

(1) C. IV. 51, 7.

bebat, quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem earum (1), *etiam volente* (2) : *utriusque* (3) *remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta fiat* (4) *alienatio vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus, procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.*

En el Título precedente queda expuesta la doctrina que se refiere á la constitucion de la dote: ahora nos ocuparémos de los derechos que sobre ella corresponden á los cónyuges, ya durante el matrimonio, ya disuelto éste.

(A) *Durante el matrimonio.*

Los bienes dotales se adquieren por aquél que ha de sostener las cargas del matrimonio. Pertenecen, pues, al marido, si es *sui juris* (5). Si fuese *alieni juris*, corresponden al ascendiente bajo cuya potestad se halle; pero, como en expresion de Paulo, *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*, y *post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor* (6), cuando el ascendiente muera, podrá el hijo retirar previamente la dote del caudal hereditario (7).

Mas ¿en qué concepto adquieren estas personas los bienes dotales? Para resolver esta cuestion, que tanto divide á los escritores, necesitamos conocer las facultades que se les atribuyeron en las diferentes épocas.

1.ª Hasta el tiempo de Augusto, no cabe dudar que la dote venía á constituir parte del patrimonio del marido ó de su ascendiente, quienes podían disponer de ella sin limitacion alguna.

2.ª Bajo el imperio de Augusto se dictó la ley *Julia de fundo dotali* ó *de adulteriis*, pues con ambas denominaciones se la cita (8). Segun el párrafo de las Instituciones, prohibía esta ley enajenar el prédio dotal itálico sin consentimiento de la mujer, é hipotecarle aunque ella consintiese. Augusto sin duda tuvo en cuenta la mayor facilidad con que se prestaría la mujer á constituir hipoteca, cuyos efectos remotos no prevía, que á la enajenacion cuyos resultados inmediatos no podían ocultársele. Desde entónces no fué permitido vender ni gravar con servidumbres el predio dotal, ni renunciar las servidumbres constituidos en su favor (9).

(1) C. *addit* rerum.
(2) C. volente ea.
(3) C. utrique.
(4) C. sit.
(5) D., XXIII, 3, 1.
(6) D., XXIII, 3, 56, § 1 y 2.
(7) D., X, 2, 20, § 2, id. id., 46.
(8) PAULO, II, 21.—D., XXIII, 5.
(9) D., XXIII, 5, 5 y 6.

3.ª Ya en tiempo de Gayo se dudaba si la prohibicion de enajenar debía únicamente aplicarse á los predios itálicos, ó tambien á los provinciales (1); pero cualquiera que fuera el alcance de la ley Julia, es lo cierto que Justiniano declaró en 530 que el marido no podría vender ni hipotecar el fundo dotal entregado sin estimacion, bien fuese itálico ó provincial, aunque la mujer consintiera; *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* (2).

Estas prohibiciones se extendían al esposo que hubiera recibido anticipadamente la dote (3), y subsistían despues de disuelto el matrimonio (4). No eran, sin embargo, tan absolutas que siempre fuese imposible la enajenacion; porque ésta subsistía en los casos siguientes:

1.º Cuando se verificaba por consecuencia de una necesidad legal; v. gr., si el condueño solicitase la division (5) ó por amenazar ruina un edificio dotal y no prestarse la caucion oportuna, se otorgara posesion al vecino (6).

2.º Cuando el marido se daba en arrogacion; pues el arrogante adquiría *per universitatem* los bienes dotales entre los demás del arrogado, *cum suo tamen jure, ut alienari non possint* (7). Caso que ya no tiene lugar despues de las reformas de Justiniano.

3.º Cuando el marido lega el fundo dotal é instituye por heredera á la mujer, si á ésta le queda libre el valor del fundo vendido (8).

4.º Cuando se permutan los objetos dotales en utilidad de la mujer (9).

5.º Cuando se devuelve la dote durante el matrimonio en los casos permitidos (10).

6.º Cuando, disuelto el matrimonio, no hubiera de restituirse la dote á la mujer y la adquiriese el marido (11); porque la reclamacion de nulidad solamente compete á la mujer y á sus herederos (12), pero nó al marido (13).

Tales son las disposiciones legales que regulan los derechos del marido sobre la dote. Aparece de ellas: 1.º Que el pleno dominio del marido únicamente se restringió acerca del fundo que se hubiera dado sin estimacion; mas nunca respec-

(1) GAYO, II, 63.
(2) C., V, 13, un. § 15.
(3) D., XXIII, 5, 4.
(4) D., XXIII, 5, 12.
(5) C., V, 23, 2.
(6) D., XXIII, 5, 1, pr.
(7) D., XXIII, 5, 1, § 1.
(8) D., XXIII, 5, 13, § 4.
(9) D., XXIII, 3, 26.
(10) D., XXIII, 3, 75, § 1; id. id., 85; XXIV, 3, 20.
(11) D., XXIII, 5, 3, § 1; id. id., 17; XLI, 3, 42.
(12) D., XXIII, 5, 13, § 3.—C., V, 12, 30.
(13) D., XXIII, 5, 7.

to de los fundos estimados ni de las cosas muebles. 2.º Que aquella restriccion no quitó al marido el dominio sobre el predio inestimado; porque solamente le privó el ejercicio de la facultad de enajenar, sin trasferirla á otra persona (página 281), y en el hecho mismo de prohibirle la enajenacion, reconoce que es dueño. 3.º Que áun esta prohibicion no fué absoluta, supuesto que se mantenía en los casos expresados. Para comprobar que esa era la verdadera doctrina, mencionarémos los pasajes más principales que contienen aplicaciones concretas de la misma.

Las cosas dotales se hacen del marido, *fiunt mariti,* tan pronto como se le entregan durante el matrimonio; y ántes de celebrado éste, cuando se le entregan para que se hagan suyas inmediatamente: si se le dieran para que las adquiriese cuando se lleve á efecto el matrimonio, no las hace suyas hasta el momento de casarse (1).

Miéntras el marido no adquiere el dominio, los bienes no se entienden dotales (2). Una vez adquirido el dominio, compete al marido la accion *reivindicatoria* y la *rerum amotarum* áun contra la mujer (3); y la *furti* contra los extraños (4): así como él viene obligado á prestar las cauciones que incumben al que es propietario, v. gr. la *damni infecti* (5). Ninguna de estas acciones corresponden á la mujer (6).

Si el objeto de la dote es una deuda que el marido tuviese para con el constituyente, no está obligado á pagar ni el capital ni los intereses durante el matrimonio (7); si créditos contra un tercero, corresponde al marido exigir el pago ó permitir bajo su responsabilidad que los retenga el deudor (8).

Adquiere las accesiones y frutos de la dote; si bien los incrementos que no se reputan frutos constituyen un aumento de la dote (9).

Las servidumbres personales dadas en dote, v. gr., el usufructo, pasan al marido (10); y las prediales extinguen por consolidacion las que existiesen entre los fundos dotales y los propios del marido (11).

Puede manumitir los esclavos dotales y los comprados con

(1) Gayo, II, 63. — D., XV, 1, 47, § 6; XXIII, 3, 7, § 3; 9, § 1; 67 y 75; id. 5, 13, § 2. — C., V, 12, 23.
(2) D., XXIII, 5, 13, § 2.
(3) D., XXV, 2, 24.
(4) D., XLVII, 2, 49, § 1. — C., V, 12, 11.
(5) D., XXIII, 3, 1.
(6) D., XLVII, 2, 49, § 1. — C., III, 32, 9.
(7) D., XXIII, 3, 12, § 2; id. id., 41, 43, 44 y 46.
(8) D., XXIII, 3, 71, 80 y 83.
(9) D., XXIII, 3, 4, 7, pr.; 10, § 2 y 3; 32 y 69, § 9; XXIV, 3, 7, § 12. — C., V, 12, 20.
(10) D., XXIII, 3, 66 y 78, § 1 y 2.
(11) D., XXIII, 3, 78, pr.; id. 5, 7.

dinero de la dote (1), si ofrece garantía para responder de su valor (2).

Instituido heredero el siervo dotal por un extraño, corresponde al marido autorizarle ó nó para adir la herencia, consultando la voluntad de la mujer (3) y restituyéndola oportunamente la herencia ó su valor (4).

El título *pro dote*, calificado de *justissimum*, coloca al marido en condicion de usucapir el objeto dotal cuando no pertenecía al dotante, segun ya sabemos; y miéntras, le confiere el derecho de utilizar la accion *publiciana* (5).

Por último, cuando el marido fallece, trasmite la propiedad de la dote á sus herederos, si bien pasará á ellos con la misma calidad, *cum suo jure*, *ut alienari non possit* (6); y puede legar las cosas dotales siempre que indemnice á la mujer del valor de aquellas (7).

Viceversa, durante el matrimonio ningun derecho corresponde á la mujer sobre los bienes dotales; pero como le tiene eventual para reclamarla cuando aquél se disuelva, no debemos extrañar: 1.° Que las leyes consideren la dote cual si perteneciere á la mujer (8). 2.° Que otorguen á ésta ciertas acciones conducentes á la seguridad de aquel derecho eventual. Por esto puede reclamar contra los responsables de la venta de un fundo que inestimado entregó á su marido y éste pierde en juicio (9) y despues de su muerte, los herederos (10); por esto tambien, cuando resulta evidentemente que los bienes del marido no bastarán para la devolucion de la dote, puede pedir el secuestro de la misma (11) y áun su efectiva restitucion (12).

(B) *Disuelto el matrimonio.*

Los bienes dotales no pueden ser restituidos miéntras dura el matrimonio sin que ocurra una causa legítima especial; y si lo fueren, deberán devolverse al marido con todos los frutos que hubieran producido desde que la mujer los recibió. Esto se funda, bien en que resultaría una donacion hecha por el marido á la mujer (13), bien en que, como dice Paulo, *dotis causa perpetua est*; *et cum voto ejus, qui dat, ita contra-*

(1) D., XXIII, 3, 21 á 24.—C., V, 12, 3; VII, 8, 7.
(2) D., XL, 1, 21.—C., VII. 8, 1.
(3) D., XXIV, 3, 58.
(4) D., XXIV, 3, 64, § 10.
(5) D., VI. 2, 3, § 1.
(6) D., XXIII. 5, 1, § 1.—XLI, 1, 62
(7) D., XXIII, 5, 13, § 4.
(8) D., XXIII, 3, 75.—C., V, 12, 30.
(9) D., XXI, 2, 22, § 1; XXIII, 3, 75.
(10) D., XXI, 2, 23.
(11) D., XXIV, 3, 22, § 8; id. id., 24, pr.
(12) C., V, 12, 29 y 30.—Nov. XCVII, cap. 6.°
(13) C., V, 19, un.—Nov. XXII, capítulo 39.

hitur, *ut semper apud maritum sit* (1). Se estiman causas legítimas los alimentos de la mujer ó de ciertos parientes suyos, la compra de un fundo y el pago de deudas (2).

Una vez disuelto el matrimonio, fué muy diverso el derecho que se observó en cuanto á la restitucion de la dote.

Primitivamente, el marido no tenía obligacion de restituir, á ménos que se hubiera estipulado cuando se entregó: estipulacion que, segun Aulo Gelio, comenzó á usarse desde que tuvo lugar el divorcio de Carvilio Ruga (3).

Más tarde, se establece por jurisprudencia:

1.° Que cuando el marido sobreviva á la mujer, conserve la dote *adventicia*, si no se estipuló su reversion (4); porque si se hubiera convenido, podría reclamarse por la accion *ex stipulatu* cuando había mediado estipulacion, y por la *præscriptis verbis* cuando sólo intervino un mero pacto que, cumplido por la entrega de la dote, pasaba á ser *contrato innominado* (5). La dote *profecticia* volvía al constituyente (6), pero reteniendo el marido una quinta parte por cada hijo (7); y si el constituyente fallecía ántes que el marido, quedaba toda en poder de éste (8).

2.° Que si el matrimonio se disolvía por muerte del marido ó por divorcio de comun acuerdo, la mujer, ó su padre, podían demandar la restitucion; pero al marido y sus herederos se les concedía el derecho de retener la dote *propter impensas*, *propter res donatas*, y *propter res amotas* (9). Cuando la mujer ó su padre daban causa al divorcio, podía el marido retener una sexta parte por cada hijo, no excediendo de la mitad de la dote, *retentio propter liberos* (10). Si el divorcio tenía lugar por las malas costumbres de la mujer, perdía ésta la dote: posteriormente, sólo perdió una sexta parte cuando era culpable de adulterio, y una octava parte cuando de otras faltas. El marido á su vez tenía obligacion de restituir la dote inmediatamente, si era culpable de adulterio; y en el término de seis meses, si de faltas ménos graves (11).

3.° Cuando no hubiera mediado convenio anterior, las

(1) D., XXIII, 3, 1.
(2) D., XXXIV, 3, 20.
(3) *Noc. Atic.*, IV, 3.
(4) Ulpiano, VI, 5.—*Vat. Fragm.* 100.—C., V, 13, un. § 6.
(5) C., V, 12, 6; id. 13, un. § 13; id., 14, 1.
(6) D., XIV, 6, 17; XXI, 2, 71; XXIII, 3, 6, pr.; XXIV, 3, 10, pr.; id. id., 59.—C., V, 18, 4.
(7) Ulpiano, VI, 4.—*Vat. Fragm.*, 108.
(8) Ulpiano, VI, 4.—D, XXIII, 3, 79, pr.
(9) Ulpiano, VI, 9.—*Vat. Fragm.*, 106, 107, 120 y 121.
(10) U piano, VI, 9 y 10.
(11) Ulpiano, VI, 11 y 12.

cosas dotales no fungibles debían restituirse en el acto, y las fungibles en tres plazos anuales (1). Se ejercitaba al efecto la accion *rei uxoriæ* que era *de buena fe*, ó sea, que el juez tenía las más amplias facultades para decidir sobre la reclamacion, tomando en cuenta la conducta observada por ambos cónyuges (2). Esta accion no se trasmitía á los herederos del que tenía derecho á la restitucion, y no podía entablarse si la mujer aceptaba un legado de su marido, porque el edicto pretorio *De alterutro* la obligaba á escoger una de las dos cosas.

Llega, por último, la época de Justiniano, y el derecho acerca de este punto sufre considerables reformas; despues de ellas, veamos: 1.º Personas á quienes se devuelve la dote. 2.º Acciones y garantías que se conceden para hacer efectiva la devolucion. 3.º Contra quiénes puede reclamarse. 4.º Extremos que abraza la reclamacion. 5.º Plazo dentro del cual ha de pagarse. 6.º Impensas que son de abono al demandado.

(a) *Personas á quienes se devuelve.*

Si al establecerse la dote se prefijó á quién debía devolverse, se observará lo convenido (3), con tal que el pacto resulte claramente (4).

En defecto de convenio, rigen las siguientes disposiciones:

Cuando el matrimonio se disuelve *por muerte de la mujer*, la dote *profecticia* vuelve al ascendiente que la constituyó (5), aunque la mujer no estuviere en la potestad del ascendiente (6) y quedasen hijos del matrimonio, porque Justiniano abolió las retenciones antiguas (7); pero si el constituyente hubiera muerto ántes que la mujer, corresponde á los herederos de ésta (8). La dote *adventicia* pasa desde luego á los herederos de la mujer; y sólo vuelve al constituyente en el caso de haberlo estipulado (9).

Cuando el matrimonio se disuelve *por muerte del marido* ó *por divorcio*, la dote, bien sea *profecticia*, *bien adventicia*, se restituye á la mujer ó á sus herederos, si ésta es *sui juris* ó su padre se halla ausente (10), sufriendo una condena, furioso ó cautivo (11); mas si estuviese en potestad, á su jefe doméstico, quien no podrá reclamarla contra la voluntad de

(1) ULPIANO, VI, 8, 13.—C., V, 13, un. § 7.
(2) CICERON, *De officiis*, III, 15; id., *Topica*, 4 y 17.—D., XXIII, 3, 6, § 2; id. id., 12, § 1.—C., II, 34, un.
(3) D., XII, 4, 6; XXIII, 3, 43, § 1; XXIV, 3, 45.
(4) C., V, 13, un. § 13.
(5) D., XXIII, 3, 6, pr.—C., V, 18, 4.
(6) D., XXIV, 2, 5; id. 3, 10, pr.; id. id., 59; XLVI, 8, 25.
(7) C., V, 13, un. § 5.
(8) C., V, 13, un. § 6.
(9) C., V, 13, un. § 4, 6 y 13.
(10) D., III, 3, 8, pr.
(11) D., XXIV, 3, 22, § 4, 10 y 11.

la mujer (1); y la adquirirá para sí y para su hija (2), de manera que, como peculio adventicio, pasará íntegra á la hija cuando el padre muera (3).

(b) *Acciones y garantías que se conceden.*

Justiniano declara abolida la accion *rei uxoriæ*. Concede en todo caso la *ex stipulatu*, aunque no hubiera mediado estipulacion, pero conservando el carácter de *buena fe* que tenía la *rei uxoriæ*. Esta accion pasa á los herederos y contra los herederos; no admite las retenciones antiguas, porque el marido puede ejercitar las acciones oportunas para hacer valer sus derechos en casos de donaciones, sustracciones é impensas; y puede ejercitarse aunque la mujer acepte un legado del marido, á no ser que precisamente se le haya dejado en lugar de la dote (4).

Para garantir la restitucion de la dote, otorgó Justiniano en 529 á la mujer dos géneros de reclamaciones que á primera vista se excluyen mútuamente. La concede, por una parte, facultad de reivindicar los objetos dotales que al tiempo de la disolucion del matrimonio existan en poder del marido, bien se le hayan entregado con estimacion ó sin ella, considerando que en todo caso, aunque el marido es legalmente dueño, la mujer conserva una especie de *dominio natural*. Por otra, si no quiere usar la reivindicacion, le permite ejercitar una accion hipotecaria preferente á todo acreedor: medida favorable á la mujer cuando el objeto dotal haya desmerecido de valor (5). En 530 declaró tácitamente hipotecados todos los bienes del marido en favor de aquellas personas que pueden reclamar la dote en virtud de disposicion legal, nó como resultado de un pacto, ó sea, la *recepticia* (6); esta hipoteca goza de preferencia sobre todos los demas acreedores (7): pero sólo cuando la utilizan la mujer ó sus descendientes (8).

(c) *Contra quiénes puede reclamarse.*

Respondiendo Ulpiano á esta pregunta, dice: Desde luego es claro que puede reclamarse contra el marido, bien se le haya entregado la dote á él mismo, bien por voluntad suya á otro que esté ó nó sometido á su potestad. Si el marido es hijo de familias, procederá contra el suegro, ya cuando á él se le entregó, ya cuando al hijo por mandato del ascen-

(1) D., XXIV, 3, 2, 3, 4, 22 y 34.—C., V, 13, un. § 14; id. 18, 2 y 7.
(2) D., XXIV, 3, 2, § 1; id. id, 3.
(3) C., III, 38, 12; V, 13, un. § 11 y 14.—Nov. XCVII, cap. 5.
(4) C., V, 13, un.
(5) C., V, 12, 30.
(6) C., V, 13, un. § 1 y 13.
(7) C., VIII, 18, 12, § 1.—Nov XCI, cap. 2 y 3.
(8) Nov. LXI, § 4; XCI, pr.

diente, ó aunque sin mandato en cuanto se lucró con la dote. Si la entrega se hizo al suegro, solamente procederá contra el hijo cuando sea heredero de su padre: en otro caso, los herederos de éste vendrán obligados proporcionalmente (1).

(d) *Extremos que abraza la reclamacion.*

1.° Todo lo que se entregó en concepto de dote, segun su naturaleza.

Si se trata de cosas *fungibles*, *mariti*, *periculo sunt*, dice Gayo: *quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis restituat: vel hæres ejus* (2). Si de cosas *no fungibles*, la restitucion se hará en los términos que expusimos al marcar la diferencia entre la dote *inestimada* y *estimada* (pág. 443).

Los derechos reales cuyo ejercicio se cedió al marido (*dando*), los recobrará el constituyente, ó el que le haya sustituido en la propiedad; los que graven fincas del marido (*liberando*), renacerán de nuevo (3).

Cuando el objeto de la dote fuesen créditos, se devolverá ó los objetos cobrados ó el crédito mismo, justificando el marido que no ha podido hacerlo efectivo (4). En todo caso responde el marido si al constituirse la dote sabía que el deudor era insolvente (5), ó si nova ó perdona la deuda (6); pero nunca, si el deudor es ascendiente de la mujer ó ésta misma, por la consideracion que naturalmente debe guardarles (7).

2.° Las cosas que se sustituyeron á otras dotales mediando el consentimiento expreso ó tácito de la mujer (8); pero nó lo que el marido compró para sí con dinero dotal (9).

3.° Las accesiones que hayan tenido los bienes dotales cuando éstos corren á riesgo de la mujer, pero cuyos aumentos no se estimen frutos; v. gr., el aluvion, el parto de una esclava, etc. (10).

Todos los frutos que produzca la dote miéntras subsista el matrimonio pertenecen al marido, porque soporta las cargas (11). Los correspondientes al primero y último año de ma-

(1) D., XXIV, 3, 22, § 12; id. id., 24, § 1; id. id., 31, § 3; id. id, 53.—C., V, 18, 9 y 10.

(2) D., XXIII, 3, 42.

(3) D., XXIII, 3, 66 y 78; XXIV, 3, 57.

(4) D., XXIII, 3, 33; 46, pr.; 48, § 1; 49, 53, 56 y 71; id. 4, 6 y 20. § 2; XXIV, 3, 30, § 1; 44, § 1; 49, pr.; 66, § 6 y 7.

(5) D., XXIII, 3, 41, § 3.

(6) D., XXIII, 3, 35, 49 y 71; XXIV, 3, 66, § 6.

(7) D., XXIII, 3, 33 y 41, § 4; XXIV, 3, 30, § 1; id. id., 66, § 7.

(8) D., XXIII, 3, 25, 26, 27 y 32; id. 4, 21 y 29, pr.

(9) C., IV, 50, 6; V, 12, 12; VII, 8, 7.

(10) D., XXIII, 3, 4; 10, § 1, 2 y 3; 65 y 69, § 9; XXIV, 3, 7, § 12; 31, 61 y 64.—C., V, 13, un. § 9.

(11) D., XXIII, 3, 7, pr. y § 1; 10, § 3; —XXIV, 3, 6 y 8.—C., V, 12, 30; id. 13, un. § 9.

trimonio, deducidas las impensas, se distribuyen entre los cónyuges á prorata del tiempo que en cada uno de esos años estuvieron unidos (1), sin tener en cuenta la fecha de su percepcion, porque, como dice Ulpiano, *toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus* (2).

4.° Los daños que provengan de no haber tenido el marido en las cosas dotales el mismo cuidado que en las suyas propias, culpa leve *in concreto* (3); mas si proviniesen, nó de culpa *in omittendo*, sino *in faciendo*, v. gr., maltratar á los esclavos, responde de la *in abstracto* (4).

5.° Los perjuicios que resulten de la tardanza por parte del marido en restituir la dote (5); responsabilidad que cesa si hubiere á la vez tardanza por parte de la mujer (6).

(e) *Plazo para devolverse.*

Justiniano abolió los plazos antiguos, y con ménos fundamento estableció que las cosas raices se devolviesen al instante, y las muebles, semovientes é incorporales, dentro del primer año, debiendo abonar en otro caso respectivamente los frutos ó el cuatro por ciento de interes (7).

(f) *Impensas abonables.*

Al devolver la dote, puede el marido reintegrarse de las impensas hechas en los bienes dotales, las cuales se clasifican en *necesarias*, *útiles* y *de mero ornato* (8).

Define Paulo las primeras: *Id videtur necessariis impensis contineri, quod si à marito omissum sit, judex tantum ei damnavit, quanti mulieris interfuit, eas impensas fieri* (9), y Ulpiano *quibus non factis dos imminuitur* (10). A esta clase corresponden, por ejemplo: los gastos invertidos en la curacion de los esclavos (11), en obras para defender los campos de la invasion del rio (12), en reconstruir una casa, renovar un olivar descuidado y edificar un molino ó granero indispensables (13).

Mas no todos los gastos precisos son impensas abonables. Ulpiano dice á este propósito: *Nos generaliter definiemus, multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, vel ad eam, quæ non ad præsentis temporis pertineat, an vero ad præsentis anni fructum. Si in præsentis, cum fructibus hoc compensan-*

(1) D., XXII, 1, 38, § 12; XXIII, 3, 7, § 1; 78, § 2; XXIV, 3, 5, 7 y 25, § 4; id. id., 31, § 4.—C., V, 13, un. § 9.
(2) D., XXIV, 3, 7, § 9.
(3) D., XXIII, 3, 17, pr.
(4) D., XXIV, 3, 24, § 5.
(5) D., XXIV, 3, 75, § 2.
(6) D., XXIV, 3, 9 y 26.
(7) C., V, 13, un. § 7.
(8) D., XXV, 1, 1, pr.
(9) D., XXV, 1, 4.
(10) D., XXV, 1, 14, pr.
(11) D., XXV, 1, 2.
(12) D., XXV, 1, 14, pr.
(13) D., XXV, 1, 1, § 3.

dum: si vero non fuit ad præsens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum (1). Por esto no se reputan impensas necesarias los gastos de mera conservacion (2), ni los de cultivo (3), ni los impuestos; *onus enim fructuum hæc impendia sunt* (4).

Así entendidas, las impensas necesarias disminuyen *ipso jure* la dote en su conjunto, nó el valor individual de las cosas en que respectivamente se han hecho; esto es, la obligacion que tiene el marido de restituir la dote se halla disminuida en cuanto ascienden los gastos. Por consecuencia, deberá reintegrarse primeramente con el metálico que hubiera de entregar; y no habiendo metálico, podrá retener la parte de dote equivalente á los gastos (5).

Denomínanse impensas *útiles* las que, sin ser indispensables, mejoran la condicion de la dote: *quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est, dotem* (6). Como tales enumeran las leyes: un nuevo plantel, una estancia conveniente, beneficiar los campos, enseñar á los esclavos ciertas artes, etc. (7).

Este género de impensas no disminuyen *ipso jure* la dote; pero el marido tiene derecho para exigir su valor (8); ejercitando la accion *mandati* si se han hecho con voluntad de la mujer, y la *negotiorum gestorum* si no intervino aquélla (9).

Finalmente, son de *mero ornato* las invertidas en hacer delicioso el objeto: *quas maritus ad voluptatem fecit, et quæ species exornant* (10); Ulpiano pone como ejemplo la construccion de un baño (11).

El marido no puede reclamar el importe de estos gastos aunque se hayan hecho con acuerdo de la mujer (12), y únicamente se le permite retirar las mejoras, si admiten separacion y la mujer no quiere satisfacer lo que importan (13); pero cuando se han invertido en cosas destinadas á la venta, se consideran siempre *útiles* (14).

3.° Derechos del acreedor sobre los bienes hipotecados ó empeñados.

§ 1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res*

(1) D., XXV, 1, 3, § 1.
(2) D., XXV, 1, 15.
(3) D., XXV, 1, 16.
(4) D., XXV, 1, 13.
(5) *Inst.* IV, 6, § 37.—D., XXIII, 3, 56, § 3; XXV, 1, 5.—C., V, 13, un. § 5.
(6) D., XXV, 1, 5, § 3.
(7) D., XXV, 1, 6 y 14, § 1.
(8) D., XXV, 1, 7, § 1.
(9) C., V, 13, un. § 5.
(10) D., XXV, 1, 7, pr.
(11) D., XXV, 1, 14, § 2.
(12) D., XXV, 1, 11, pr.
(13) D., XXV, 1, 9.—C., V, 13, un. § 5.
(14) D., XXV, 1, 10.

non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere, cujus tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abundeque provisum est.

En el Título XIV del Libro III expondrémos la naturaleza de la prenda ó hipoteca, sus clases, maneras de constituirse y extinguirse, y los efectos que producen. Figura entre ellos el derecho del acreedor para proceder á la venta de la cosa hipotecada ó empeñada, doctrina que anticipamos en este lugar por exigirlo la explicacion del texto.

Contrapone Justiniano al marido el acreedor que, sin ser dueño, puede vender. En efecto, la prenda y la hipoteca son meras garantías que se dan al acreedor de que se cumplirá la obligacion, permitiéndole vender el objeto cuando no sea cumplida oportunamente; luego miéntras no vence la deuda, conserva el deudor sobre la cosa íntegras las facultades que constituyen el dominio, si bien todas ellas pueden ser restringidas ó suspendidas por convenios particulares, como en su lugar verémos.

Llegado el dia del vencimiento (1) y no satisfecha la deuda en su totalidad (2) con los intereses, daños y perjuicios (3), ó no consignando judicialmente su importe (4), el acreedor puede vender la cosa, bien se le hubiere autorizado expresamente para ello, bien nada se conviniera, bien se pactára que no habia de venderse, con tal que se observen las formalidades debidas (5). No impide la venta el que uno de los herederos del deudor haya satisfecho la parte de la deuda que le corresponda (6). En el caso de que sean varias las cosas afectas, el acreedor puede vender la que quiera (7).

Con el propósito de otorgar al deudor cuantas ventajas permite el derecho del acreedor, dictó Justiniano varias disposiciones nuevas relativas á la venta, á sus efectos y al caso en que no hubiera comprador. Hé aquí la doctrina en resúmen:

(1) D., XX, 5, 4.
(2) C., VIII, 28, 6.
(3) D., XIII, 7, 8, § 5.
(4) C., VIII, 28, 5 y 8.
(5) D., XIII, 7, 4 y 5; XX, 4, 12, § 10.—C., VIII, 14, 14; id. 28, 14; id. 29, 1 y 2.
(6) C., VIII, 28, 16; id. 31, 1.
(7) D., XX, 5, 8.

(A) *Venta.*

Se observará en primer lugar lo convenido acerca de la manera con que haya de procederse á la venta, del tiempo y demas circunstancias. Cuando nada se convino, el acreedor notificará al deudor su resolucion de vender; y á contar desde la notificacion, ó desde la sentencia en que se le condene al pago, esperará dos años (1). Si se pactó que no se enajenaría, deben preceder tres requerimientos (2).

Trascurridos estos plazos, puede hacerse la venta pública ó privadamente (3).

El acreedor procede á la venta como representante del deudor (4): por consecuencia responde á éste del dolo y de la culpa (5), y no puede comprar por sí ni por persona interpuesta (6), si bien es permitido pactar ya al constituir la garantía, ya cuando llega el caso de vender, que el acreedor se quede con la cosa por su justo precio (7). Cuando la venta se hiciere judicialmente, podía el acreedor comprar si no había comprador ú ofrecía un precio bajo (8).

(B) *Efectos de la venta.*

Vendida la cosa, se extingue la hipoteca que dió márgen á la venta y todas las posteriores en fecha (9).

El acreedor que vendió debe ceder su derecho al comprador y entregarle la posesion del objeto. Esta posesion le trasfiere los derechos que tuviera el deudor, haciéndole propietario si éste lo era, y en otro caso le constituye en situacion de usucapir (10), aprovechando la posesion del deudor (11).

Vendiendo el acreedor como mandatario del deudor, no está obligado á la eviccion, si no se pacta expresamente, obra de mala fe, ó procede la reclamacion de un acreedor preferente (12); cumple con ceder sus acciones contra el deudor (13).

El precio de la venta se aplica al pago de la deuda que el acreedor quiera, cuando son varias (14) y en primer término al de los intereses (15). Si no alcanza para el total pago, el deudor continúa obligado personalmente por el resto (16). Si,

(1) C., VIII, 34, 3, § 1.
(2) D., XIII, 7, 4 y 5.
(3) C., VIII, 28, 4 y 9; id. 34, 3, pr.
(4) D., X, 2, 29.
(5) C., VIII, 28, 4, 7 y 9.
(6) C., VIII, 28, 10.
(7) D., XIII, 7, 34; XX, 1, 16, § 9.
(8) C., VIII, 23, 2.
(9) C., IV, 10, 6 y 7; VIII, 18, 6; id. 20, 1.
(10) D., XLI, 1, 46.—C., VIII, 20, 2; id. 28, 15 y 18; id. 30, 2.
(11) D., XLIV, 3, 14, § 5.
(12) D., XIX, 1, 11, § 13; XX, 5, 10.—C., VIII, 46, 1 y 2.
(13) D., XX, 5, 12, § 1; XXI, 2, 38 y 74, § 1.
(14) D., XLVI, 3, 101, § 1.
(15) D., XIII, 7, 35, pr.
(16) D., XII, 1, 28; XX, 5, 9.—C., IV, 10, 10; VIII, 28, 3 y 9.

al contrario, es superior á la deuda, una vez cobrada por el acreedor, devuelve el exceso, con usuras en caso de tardanza, para otro acreedor posterior ó para el deudor (1).

Cuando el acreedor vende sin tener derecho, la venta es nula: el deudor puede reclamar el objeto de quien le posea; y si le hubiere ya usucapido, exigirá del acreedor el precio (2).

Aunque el acreedor tenga derecho para vender, el deudor podrá reclamar la devolucion del objeto con sus frutos, cuando la venta se hubiere hecho sin observar las debidas formalidades, ó hubiere mediado mala fe por parte del comprador, ofreciendo á éste el precio que satisfizo (3).

Mas cuando la venta se realiza teniendo el acreedor derecho para ello, con la debida formalidad, y buena fe del comprador, queda irrevocable, pudiendo únicamente el deudor reclamar contra el acreedor si hubiera obrado de mala fe (4).

Por último, si se vendiera la cosa en ménos suma de lo que valía, el deudor puede reclamar del acreedor hasta el justo precio; y resultando insolvente, pedir la cosa al comprador ofreciéndole el precio que satisfizo (5).

(C) *Caso de no presentarse comprador.*

Cuando nadie se presenta á comprar, el acreedor debe requerir nuevamente al deudor si está presente, ó señalársele por el tribunal un plazo dentro del cual podrá recobrar la garantía. Trascurrido éste sin pagar, el acreedor solicitará del príncipe que se le adjudique la cosa por su justo precio; mas el deudor tiene otros dos años despues de adjudicada para readquirirla, satisfaciendo el capital con los intereses y daños bajo juramento del acreedor. Si el valor del objeto es inferior al de la deuda, el acreedor continúa siéndolo por el resto. Si, viceversa, el valor del objeto supera al de la deuda, el deudor conserva su derecho sobre la cosa en cuanto importe el exceso; mas para evitar las dificultades inherentes á la comunion, podrá el acreedor entregar lo que exceda al deudor ó á los acreedores de éste (6).

4.° DERECHOS DEL TUTOR Y DEL PUPILO PARA ENAJENAR LOS BIENES DE ÉSTE.

§ 2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam*

(1) D., XIII, 7, 7; 24, § 2; id. id., 42; XX, 1, 12, § 5.—C., VIII, 28, 20.
(2) C., VIII, 30, 2.
(3) C., VIII, 30, 1 y 4.
(4) C., VIII, 28, 7; id. 30, 1, 4 y 5.
(5) C., VIII, 30, 3.
(6) C., VIII, 34, 3, § 2, 3, 4 y 5.

rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque, si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. Ideoque vindicare nummos (1) possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos (2) dedit, ab eo, qui accepit bona fide, consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest. Ad ex contrario omnes res pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque, si debitor pupillo solvat, necessaria est tutoris auctoritas; alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri. promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et judex pronuntiaverit, et debitor solverit, sequitur (3) hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit et adhuc eamdem summam (4) petat, per exceptionem doli mali summoveri poterit. quod si aut male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus damnabitur, quia temere. sine tutoris auctoritate, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutore auctore (5) non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa est.

La doctrina del texto forma parte de lo que dijimos sobre la administracion de los tutores (pág. 173 y siguientes), y está basada en los mismos principios; nos limitarémos, pues, á una sencilla explicacion del mismo en las tres hipótesis que contiene.

1.ª El pupilo presta una cantidad en mutuo sin autoridad de su tutor, *non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis*, resuelve el párrafo. Esto quiere decir que semejante hecho no constituye un *contrato* por virtud del cual el pupilo tenga simple derecho de crédito para reclamar la devolucion de lo entregado, como sucede en el préstamo válido, sino que como la entrega es nula, permanece dueño de las monedas el pupilo, y podrá reivindicarlas miéntras existan separadas en poder de quien las recibió. Mas

(1) VULGO nummi vindicari.
(2) C. quos mutuos minor dedit.
(3) C. sequatur.
(4) C. pecuniae summam.
(5) C. tutoris auctoritate.

si éste las hubiera consumido ó mezclado con otras, ya no sería posible la *reivindicacion*, y habrían de ejercitarse las siguientes acciones: 1.º Si se consumieron ó mezclaron de buena fe, la *condictio*, que procede inmedíatamente, sin esperar á que transcurra el plazo marcado, porque no hay contrato. 2.º Si de mala fe, la *ad exhibendum*, para que las manifieste; y como quiera que no puede hacerlo, para que se le condene al pago de los daños que bajo juramento fije el pupilo (1).

2.ª El pupilo recibe un pago sin autoridad del tutor. Adquiere la propiedad de lo cobrado, porque ya sabemos, y aquí reproduce el texto, que al pupilo *res sine tutoris auctoritate rectè dari possunt;* pero no se extingue la deuda, porque sin autoridad del tutor el pupilo no puede perder sus derechos, y únicamente corresponde al deudor la excepcion *doli mali* por la suma de que el pupilo se hubiese aprovechado (2). Aunque el pago se hiciera al tutor ó con su autoridad al pupilo, no quedaba enteramente seguro el deudor; porque si el tutor resultase insolvente, el pupilo podría pedir la restitucion *in integrum* contra el pago. Justiniano remedió este inconveniente disponiendo que el deudor al pupilo ó á un menor de veinticinco años obtendría completa seguridad, *plenissima securitas*, pagando al tutor ó curador en virtud de una *judicialis sententia, sine omni damno celebrata*, esto es, en virtud de una autorizacion del juez prestada sin gastos, porque ni quiere gravar al pupilo, ni sería justo recargar al deudor por la edad de su acreedor (3). Recordemos tambien que el tutor y curador pueden cobrar válidamente sin decreto judicial las rentas correspondientes á uno ó dos años cualquiera que sea su importancia, y las correspondientes á más de dos años cuando no excedan de 100 sólidos (pág. 176).

3.ª El pupilo paga una deuda sin autoridad del tutor. El párrafo se limita á decirnos que el pago es nulo, porque no pudiendo enajenar el pupilo sin autoridad del tutor, *id quod solvunt non fit accipientis*. Segun esto, parece que el pupilo podría reclamar la devolucion de la cantidad por las mismas acciones que en el caso de préstamo; hallamos, sin embargo, dos leyes que se oponen á esta resolucion tan absoluta: 1.ª Paulo dice: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est* (4), en cuyo caso se halla el pupilo cuando pide que se le devuelva lo pagado. 2.ª Gayo á su vez: *si creditor bona fide*

(1) D., XII, 3, 2, § 1.
(2) Gayo, II, 84.—D., XLVI, 3, 47.
(3) C., V, 37, 25.
(4) D., XLIV, 4, 8, pr.; L, 17, 173, § 3.

pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus (1). Por lo demás, creemos que estos dos pasajes se refieren á una deuda vencida ya y de cosa determinada; porque si no era todavía exigible cuando el pupilo pagó, ó si fuere alternativa, el pago sería nulo, pues envolvería la pérdida de un derecho para el pupilo sin la autoridad de su tutor.

TÍTULO IX.

POR QUÉ PERSONAS SE ADQUIERE PARA NOSOTROS.

1.° Principios del antiguo derecho.—2.° Adquisiciones por medio de nuestros descendientes.—3.° Adquisiciones por medio de los esclavos propios.—4.° Adquisiciones por medio de los esclavos ajenos, sobre los cuales tenemos el derecho de usufructo, de los que poseemos con buena fe, y de las personas libres poseidas como esclavos.—5.° Adquisiciones por medio de personas extrañas.

1.° PRINCIPIOS DEL ANTIGUO DERECHO.

Por muchos siglos, ni era posible que el ciudadano *sui juris* adquiriese para otro, dadas las ritualidades con que debían practicarse los actos jurídicos, ni que el *alieni juris* adquiriese para sí, pues en la severa constitucion familiar quedaba absorbida su personalidad jurídica por el *paterfamilias* (2). Tal es la doctrina que en principio consagra todavía el

§ inicial. *Acquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus: item per homines liberos, et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligentius dispiciamus.*

Mas ya sabemos que el tiempo mermó las atribuciones del padre y desterró las formas sacramentales, influyendo necesariamente estos cambios sobre la materia que nos ocupa. De aquí nace que la regla general del párrafo inicial venga á desvirtuarse casi por completo en los siguientes, donde aparece que no todos los sometidos á potestad adquieren para nosotros, y que podemos adquirir por individuos no sometidos. Veamos la comprobacion de este aserto.

(1) D., XXVI, 8, 9, § 2.

(2) GAYO, II, 95 y 166; IV, 82.—*Inst.* IV, 10, pr.—D., XXIX, 2, 90; XL, 2, 24; XLVI, 4, 13, § 10; L. 17, 123.—C., VII, 1, 3. *Quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intelligitur in his rebus quæ tibi acquiri possunt*) *Inst.* III, 19, § 4 al fin.—D., XLV, 1, 39.

2.° Adquisiciones por medio de nuestros descendientes.

§ 1. *Igitur liberi vestri* (1) *utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis), hoc parentibus suis acquirebant, sine ulla distinctione; et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum est, illi* (2), *vel extraneo, donare, vel vendere, vel, quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est, et generali constitutione emissa, et liberis pepercimus, et patribus debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut, si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundum antiquam observationem, totum parenti acquirat (quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?); quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum quidem patri acquirat, dominium autem apud eum remaneat, ne, quod ei ex suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc, in* (3) *alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

§ 2. *Hoc quoque a nobis dispositum est et in ea specie, ubi parens, emancipando liberum, ex rebus, quæ acquisitionem effugiunt, sibi partem tertiam retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis, et inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suaram, ex hac emancipatione, dominio pro parte defraudetur, et, quod honoris ei ex emancipatione, additum est, quod sui juris effectus est, hoc per rerum deminutionem decrescat. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia bonorum* (4) *parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam, non dominii rerum, sed usufructus retineat: ita etenim et res intactæ apud filium remanebunt, et pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.*

En los primeros siglos hacia suyo el jefe de la familia todo ló que adquiriesen los constituidos *in manu*, *in mancipio* é *in patria potestate*: los súbditos nada tenían propio (5). Tan extensa jefatura doméstica vino reduciéndose poco á poco. Desaparecieron en primer lugar la *manus* y el *mancipium*, quedando limitada á la *potestas patria*. Esta continúa subsistente; pero llega á ser muy raro el caso en que los hijos adquieran para su padre, por las muchas adquisiciones que sucesivamente se les otorgan. Vamos á reseñarlas; pero fijemos la atencion en que unas obedecen á consideraciones políticas, y otras á motivos de equidad; sólo teniendo en

(1) C. nostri... habemus.
(2) C. alii filio.
(3) C. ad.
(4) C. eorum bonorum.
(5) Gayo, II, 86, 87 y 96.—Ulpiano, XIX, 18 y 19.

cuenta el diverso fundamento de las reformas, podemos explicarnos cómo se decidió á menoscabar la autoridad paterna un pueblo envanecido de tenerla superior á todo otro pueblo, y cómo vino á introducirse la desigualdad entre los miembros de una misma familia.

Hasta el comienzo del Imperio, se llamaba *peculio* los bienes que el padre, usando de su autoridad, confiaba al hijo ó al esclavo para que los administrase (1). Tenían este carácter desde que el padre los entregaba, ó consentía que fueran *peculiares* si el hijo los adquiría por sí, hasta que cambiaba de voluntad (2). A este peculio, único que en lo antiguo existía, se le ha calificado de *profecticio* para distinguirlo de los que posteriormente fueron creados, denominacion tomada de la dote profecticia, porque le constituyen bienes del padre.

Aceptando Marciano la idea de Papirio, compara el peculio con el hombre: *nace* ó se forma con todo lo que el jefe da al súbdito, sin ser necesario para la vida de éste; *crece* á medida que se aumenta el caudal; *disminuye* cuando se pierden algunos objetos: y *muere* tan luego como el dueño se incauta de él (3).

El jefe continuaba siendo dueño de este peculio (4), y podía retirar su administracion en todo tiempo (5); pero si el fisco procedía á vender los bienes del ascendiente para reintegrarse de un crédito, el peculio se hacía del hijo (6): tambien le adquirían los hijos y los esclavos cuando eran emancipados ó manumitidos respectivamente sin quitárseles (7).

Miéntras ninguno de estos acontecimientos ocurriese, gozaba el hijo sobre el peculio la libre administracion, pero no podía ejecutar actos de liberalidad (8) ni manumitir los esclavos peculiares sin permiso del padre (9). Los contratos que en la administracion del peculio celebrára el hijo obligaban á éste *in solidum*, y al padre en cuanto importase el valor de los bienes confiados á su manejo (10). El padre mismo podía ser acreedor ó deudor con respecto al peculio, como entidad separada de su patrimonio (11).

Tal fué el derecho durante la república; mas tan luego

(1) *Peculium dicitur quasi pusila pecunia, sive patrimonium pusilum*. D., XV, 1, 5, § 3.
(2) D., XV, 1, 4, pr. y § 2.—Id. id. 8.
(3) D., XV, 1, 40.
(4) D., XLI, 1, 37, § 1.
(5) D., XV, 1, 40.
(6) D., IV, 4, 3, § 4.
(7) *Inst.* II, 20, § 20.—D., XV, 1, 53; XXXIX, 5, 31, § 2.—C., VIII, 54, 17.
(8) D., II, 14, 28, § 2; XX, 3, 1, § 1; XLVI, 2, 34.
(9) D., XXXVII, 14, 13.
(10) D. IV, 4, 3, § 4; XV, 1, 44; 21, § *; 29, § 1.
(11) *Inst.* IV, 7, § 3 y 4.—D., XV, 1, 5, § 4; 9, § 2; 11, § 7.—C., IV, 26, 12.

como se estableció el imperio, fueron creándose nuevas clases de peculios, que para diferenciarlos del antiguo se denominan respectivamente *castrense, cuasi-castrense* y *adventicio*, cuya doctrina vamos á exponer.

(A) *Peculio castrense.*

Para dominar la anarquía social necesitaron los primeros emperadores el apoyo del ejército. Entre los muchos favores que le otorgaron, el más raro sin duda fué la investidura de *paterfamilias* concedida al militar respecto á *cuanto adquiriese con ocasion de la milicia* (1): este es el peculio *castrense*. Descríbenle las Pandectas en estos términos: *Castrense peculium est, quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est; vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset: nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium castrense non est* (2).

Aplicando este principio, se declara corresponder al peculio castrense:

Las donaciones de cosas muebles que al ingresar en el ejército le hacen el padre, la madre, los parientes y amigos (3).

Lo que recibe de su mujer para sostener los gastos de la milicia (4).

Todo lo que cualquiera le da en contemplacion de ser militar; pero nó en otro concepto, aunque expresase que lo daba para que formara parte del peculio castrense, *veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit*, dice Ulpiano (5).

La herencia de su mujer (6); nó la dote de ésta, porque se da en consideracion á las cargas del matrimonio y en beneficio de los hijos (7).

La herencia de un compañero de armas con quien se relacionó en la milicia (8), ó de aquellas personas á quienes no hubiera conocido sino con ocasion de la milicia (9) y que se le hubieran dejado cuando ya era militar, nó las anteriores; *quia potuit et ante notus, et amicus dare potuit et non dare, nisi commilitium charitatem auxisset* (10). Por esto no formaban parte del peculio castrense la herencia de la madre (11), ni la del pariente á no ser compañero de armas (12).

(1) C., XII, 37, 1.
(2) D., XLIX, 17, 11.
(3) D., XXIV, 1, 3, § 4; XLIX, 17, 3. —C., III, 36, 4; XII, 37, 1.
(4) D., XLIX, 17, 6.
(5) D., XLIX, 17, 8.
(6) D., XLIX, 17, 13.
(7) D., XLIX, 17, 16.
(8) D., XLIX, 17, 5.
(9) C., XII, 37, 1.
(10) D., XLIX, 17, 19, pr.
(11) C., XII, 37, 1.
(12) C., XII, 37, 4.

Finalmente, los objetos muebles ó inmuebles que comprase con el peculio castrense (1).

Sobre estos bienes tiene el hijo el concepto de propietario y el carácter de *paterfamilias*. Puede en su virtud: usucapirlos (2); reivindicarlos, áun contra la voluntad del padre (3); manumitir los esclavos peculiares que se hacen libertos suyos (4) y miéntras no los manumite adquieren para él (5); aceptar las herencias contra la voluntad del padre (6); celebrar contratos referentes al peculio con su mismo padre (7); y disponer libremente de todos ellos por actos *inter vivos* y *mortis causa* (8). En el caso de morir sin testamento, pasaban al padre, nó como herencia, sino *quasi peculium* (9); mas segun el derecho de Justiniano, pasan á los herederos llamados por la ley general de sucesion *ab intestato* (10).

Los derechos del padre sobre estos bienes son: hacerlos suyos cuando el hijo fuere deportado (11), y poder adir las herencias cuando el hijo no las quiere para sí (12).

(B) *Peculio cuasi-castrense.*

Si los primeros emperadores necesitaron del ejército para dominar la anarquía social, los que les sucedieron necesitaron reprimir la anarquía de los ejércitos y dar preponderancia al elemento civil. Insértanse en el Código numerosas constituciones, la más antigua de Constantino (13), que otorgan el carácter de peculio castrense á las adquisiciones de los empleados en el palacio imperial (14); de los asesores (15); de los abogados (16); de los obispos, presbíteros, diáconos y demas clérigos (17); de los constituidos en dignidades (18); y de los que obtuvieren donaciones del emperador ó emperatriz (19). Todos ellos pueden disponer libremente *inter vivos* ó *mortis causa* de cuanto adquiriesen por razon de su cargo (20). Estos bienes constituyen el peculio *cuasi-castrense*.

(1) C., XII, 37, 1.
(2) D., XLI, 3, 4, § 1.
(3) D., XLIX, 17. 4, § 1.
(4) D., XXXVII, 14, 8, pr.; XXXVIII, 2, 3, § 8; XLIX, 17, 13.
(5) D., XLIX, 17, 15, § 3.
(6) D., XLIX, , 17, 5.
(7) D., XLIX, 17, 15, § 1 y 2.
(8) D., XIV, 6, 2; XXVIII, 3, 6, § 13; XXIX, 5. 7. § 6.
(9) D., XLIX, 17, 2 y 14, pr.—C., XII, 37, 5.
(10) *Inst.* II, 12, § inicial.—Nov. CXVIII.
(11) C., IX, 49, 3.
(12) C. VI, 61, 8, § 2.
(13) Es de notar, sin embargo, que Ulpiano en dos pasajes habla ya del peculio *cuasi-castrense* equiparándolo al *castrense*. D., XXVXII, 1, 3, § 5; XXXIX, 5, 7, § 6.
(14) C., XII, 31, un.; id. 37, 6.
(15) C., I, 51, 7.
(16) C., II, 7, 4 y 14.
(17) C., I, 3, 34.—Nov. CXXIII, cap. 19.
(18) C., III, 28, 37, pr.
(19) C., VI, 61, 7.
(20) C., VI, 22, 12.

(C) *Peculio adventicio.*

La creacion de los peculios castrense y cuasi-castrense habían roto los lazos de completa sumision al poder paterno, y ofrecído el ejemplo de que en una misma casa hubiera diversos patrimonios, manejados con independencia por sus respectivos dueños, sistema inconcebible para el antiguo romano. De otra parte, el *jus gentium* iba sobreponiéndose en todas las instituciones al *jus quiritium*. No debe, pues, admirarnos que se tendiese á igualar la condicion de los hermanos, si bien no se llegara á un resultado completo, porque las consideraciones de equidad no fuesen tan decisivas como las de politica. Hé aquí cómo se consuma gradualmente la transformacion del patrimonio familiar.

Constantino declara propiedad de los hijos la herencia testada ó intestada de la madre sin que el padre tenga sobre estos bienes más que el usufructo (1). Igual derecho les otorgan Arcadio y Honorio en las adquisiciones que provengan de los ascendientes maternos (2); Teodosio y Valentiniano en lo que reciben del cónyuge (3); y por último, Justiniano, en todo cuanto adquieran y no provenga del padre, en cuya potestad se hallen, ó corresponda al peculio castrense ó cuasi-castrense (4).

Estos son los bienes que constituyen el peculio llamado *adventicio*, calificativo comun á la dote cuando no procede del ascendiente paterno: Justiniano le llama *paganum*, en contraposicion al castrense y cuasi-castrense (5).

Los derechos respectivos del padre y del hijo sobre este peculio son por regla general:

1.° Miéntras el hijo permanece bajo la patria potestad, no puede enajenarle sin permiso del padre (6), ni testar de él aunque el padre le autorice (7). El padre tiene el usufructo sin necesidad de prestar fianza (8), y una administracion amplísima que le faculta para obrar con toda libertad; solamente le está prohibido enajenarle, salvo el caso de necesidad ó utílidad, y promover reclamaciones judiciales sin anuencia del hijo cuando éste no se halle ausente ó en la primera edad (9).

2.° Disuelta la patria potestad por emancipacion voluntaria, el padre conserva el usufructo sobre la mitad de los bie-

(1) C., VI, 60, 1.
(2) C., VI, 60, 2, 3 y 4.
(3) C., VI, 61, 1 á 5.
(4) C., VI, 61, 6.
(5) C., III, 28, 37, pr.
(6) C., VI, 61, 8, § 5.
(7) *Inst.* II, 12, § inicial.—C., VI, 22, 11: id. 61, 8, § 5.
(8) C., VI, 60 y 61.
(9) C., VI, 60, 1; id. 61, 4, 6 y 8.

nes peculiares, en lugar de retener la tercera parte de su propiedad, como sucedía en tiempos anteriores á Justiniano, *quasi pro pretio quodammodo emancipationis*, dice el texto (1).

Mas hay ocasiones en que el hijo tiene, además de la propiedad, el usufructo y la libre administracion y disposicion *inter vivos*; tales son:

1.° Cuando el hijo adquiere contra la voluntad de su padre (2).

2.° Lo que se deja bajo condicion de que el padre no tenga el usufructo (3).

3.° La parte de herencia de un hermano á cuya sucesion concurre el padre (4).

4.° Si el padre malversa un fideicomiso que debe restituir al hijo (5).

5.° Los bienes que pasan á los hijos cuando el padre se divorcia injustamente (6).

A estas adquisiciones excepcionales suele calificárselas de *peculio adventicio extraordinario*, para distinguirlas de las normales, que se llaman *peculio adventicio ordinario*,

3.° Adquisiciones por medio de los esclavos propios.

§ 3. *Item vobis (7) acquiritur, quod servi vestri et traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa acquirunt (8). Hoc etenim vobis et ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Et si heres institutus sit, non alias, nisi jussu vestro hereditatem adire potest; et, si jubentibus vobis adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet legatum per eos vobis acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, acquiritur vobis, sed etiam possessio: cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accedit.*

Todo cuanto nos dicen las Instituciones en este párrafo y en el que sigue, sobre no tener importancia para nosotros, es una mera aplicacion de doctrinas que ya conocemos.

Miéntras se conservase la esclavitud, no cabía otorgar derecho de propiedad al esclavo, supuesto que se le consideraba

(1) C. VI, 61, 6, § 3.
(2) C., V, 61, 8, pr. y § 1.
(3) Nov. CXVII, cap. 1.
(4) Nov. CXVIII, cap. 2.
(5) D., XXXVI, 1, 50.
(6) Nov. CXXXIV. cap. 11.
(7) C. nobis... nostri et sic hoc § et seqq. §§.
(8) C. acquirant.

destituido absolutamente de capacidad jurídica : por eso, áun en la época de Justiniano, cuando tanto se favoreció la suerte de estos infelices, no pudo llegarse á declararles un peculio. Quedaron, pues, reducidos siempre á instrumentos de adquisicion en beneficio de sus señores; pero impotente el hombre para destruir en su semejante las facultades con que le dotó el Criador, hubo de reconocer que el esclavo no era un instrumento sin personalidad natural, inteligencia y voluntad.

El párrafo copia dos de las Instituciones de Gayo, uno referente á la propiedad y otro á la posesion (1). Dice que el esclavo aumenta el patrimonio de su dueño con todo lo que adquiere por virtud de contrato ó de cualquiera otra causa, por herencia, por legado, y áun la posesion jurídica. Obsérvese desde luego que si el esclavo careciera de inteligencia y voluntad, no podía celebrar contratos ni adquirir la posesion; y si no fuese un sér racional, tampoco valdrían la institucion de heredero y el legado hechos en su favor. Pero como el esclavo no adquiere para sí en definitiva, sino para su dueño, de ahí que se requiera ó nó además la voluntad de éste segun el género de adquisicion.

No es necesaria la voluntad del dueño para que el esclavo adquiera la propiedad de cosa determinada, objeto de un contrato ó legado; porque en ello no compromete los intereses de aquél, supuesto que si no le acomoda conservar lo adquirido, puede abandonarlo.

Es, por el contrario, indispensable órden terminante del dueño para que el esclavo pueda aceptar una herencia; pues, si contiene más cargas que bienes, menoscabaría el patrimonio del señor.

Respecto á la posesion, ya sabemos que requiere intencion del que ha de adquirirla por persona intermediaria; pero que cuando al esclavo se le hubiera confiado un peculio, adquiriría la posesesion en beneficio de su dueño, áun ignorándolo éste (pág. 270). Observarémos sí que en tanto adquiría el señor la posesion tomada por el esclavo, en cuanto poseyese corporalmente al esclavo mismo : por faltar este requisito, no la adquiría si le tuviera dado en prenda (2); al paso que no era obstáculo el que se hallára fugitivo miéntras no fuera poseído por otro ciudadano.

Finalmente, el destino de las adquisiciones verificadas por esclavo perteneciente á varios señores, le consigna Ul-

(1) GAYO, II, 87 y 89. (2) D., XLI, 2, 1, § 15.

piano en los términos que siguen : *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus : sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Et ideo si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent.* LICET AUTEM EI, ET NOMINATIM ALICUI EX DOMINIS STIPULARI, VEL TRADITAM REM ACCIPERE, UT EI SOLI ADQUIRAT. *Sed si non nominatim domino stipuletur, sed jussu unius dominorum, hoc jure utimur, ut soli ei acquirat, cujus jussu stipulatus est* (1). Hasta este punto se tenía en cuenta la voluntad del esclavo: y esto, aunque realizase la adquisicion con capital de uno de los dueños, salvo el derecho á ser indemnizado (2).

4.° ADQUISICIONES POR MEDIO DE LOS ESCLAVOS AJENOS SOBRE LOS CUALES TENEMOS EL DERECHO DE USUFRUCTO, QUE POSEEMOS CON BUENA FE, Y DE LAS PERSONAS LIBRES POSEIDAS COMO ESCLAVOS.

§ 4. *De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habetis, ita placuit, ut, quidquid ex re vestra, vel ex operibus suis acquirant id vobis adjiciatur, quod vero extra eas causas persecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur, Idem placet et de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus : quod enim placuit de usufructuario, idem placet et de bona fide possessore. Itaque quod extra duas istas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor cum usuceperit servum, quia eo modo dominus fit, ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest; fructuarius vero usucapere non potest, primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi, deinde, quia scit, servum alienum esse.*

Non solnm autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, vel (3) *per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, acquiritur vobis, sed etiam possessio : loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex operibus suis adepti fuerint.*

Nada tenemos que decir de nuevo para la inteligencia del párrafo. Expusimos oportunamente las adquisiciones que ha-

(1) D., XLV, 3, 5.—GAYO, III, 167. (2) D. XLI, 1, 45. (3) C. aut.

cen suyas el usufructuario de un esclavo (pág. 374) y el poseedor de una cosa ajena con buena fe (págs. 324 y sig.); que la libertad es imprescriptible (pág. 399); y que el usufructuario no puede usucapir por faltarle la buena fe y el título (págs. 401 y 405): nos remitimos, pues, á sus respectivos lugares.

La enseñanza verdaderamente provechosa del texto es que los hombres no pueden humillar á sus semejantes sin exponerse ellos mismos á ser tratados como esclavos por errores ó abusos inevitables: justa expiacion de los que infringen la ley natural.

5.º Adquisiciones por medio de personas extrañas.

§ 5. *Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis, neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque justam possessionem, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.*

Entiéndese por persona extraña el hombre libre que no poseemos de buena fe como esclavo, y el esclavo sobre el cual ningun derecho tenemos.

Miéntras permanecieron en vigor los antiguos modos de transferir el dominio, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, era imposible que nadie los utilizase sino para adquirir en provecho personal. De aquí nace el que se perpetuase como un axioma jurídico *per extraneam personam nihil acquiri potest*, aceptado por Gayo en el párrafo que literal trascribe aquí Justiniano (1).

Llega la época en que el Derecho puro Romano cede lentamente el campo al *jus gentium*, coexistiendo sin embargo los dos; y entónces se distingue entre los modos de adquirir: en los que pertenecen al primero, no es posible utilizar la intervencion de persona extraña; pero mediante el que ha introducido el segundo, la *tradicion*, ya puede adquirirse por un tercero. Así se expresa terminantemente Modestino:

(1) Gayo, II, 95

Ea quæ CIVILITER *acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem; quod* NATURALITER *acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus* (1). Esta jurisprudencia fué admitida desde los primeros emperadores (2) y sancionada por una constitucion de Severo y Antonino, *tam ratione utilitatis quam juris prudentia* (3). Desde entónces, el antiguo principio vino á ser, como tantos otros, una simple reminiscencia, y significa tan sólo que nadie adquiere para otro mientras éste no le haya facultado ó acepte la adquisicion, lo cual es de sentido comun.

Pone fin al Título un párrafo en que se expresa el motivo por el cual pasan las Instituciones á tratar de los modos universales de adquirir, empezando por los testamentos: fúndase en que así el legado como el fideicomiso singular, únicos modos singulares que restan por exponer, presuponen el conocimiento de las últimas voluntades en que se consignan: dice así:

§ 6. *Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulæ res* (4) *acquiruntur: nam legatorum jus, quo et ipso singulæ res vobis acquiruntur, item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquiruntur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem arrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est: nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ vobis ex testamento obveniunt. Qua in re necessarium est initium, de ordinandis testamentis exponere.*

(1) D., XLI, 1, 53.

(2) D., XLI, 1, 13, pr.; id. 2, 51; id. 3, 41.

(3) C., VII, 32, 1.

(4) C. vobis acquiruntur.

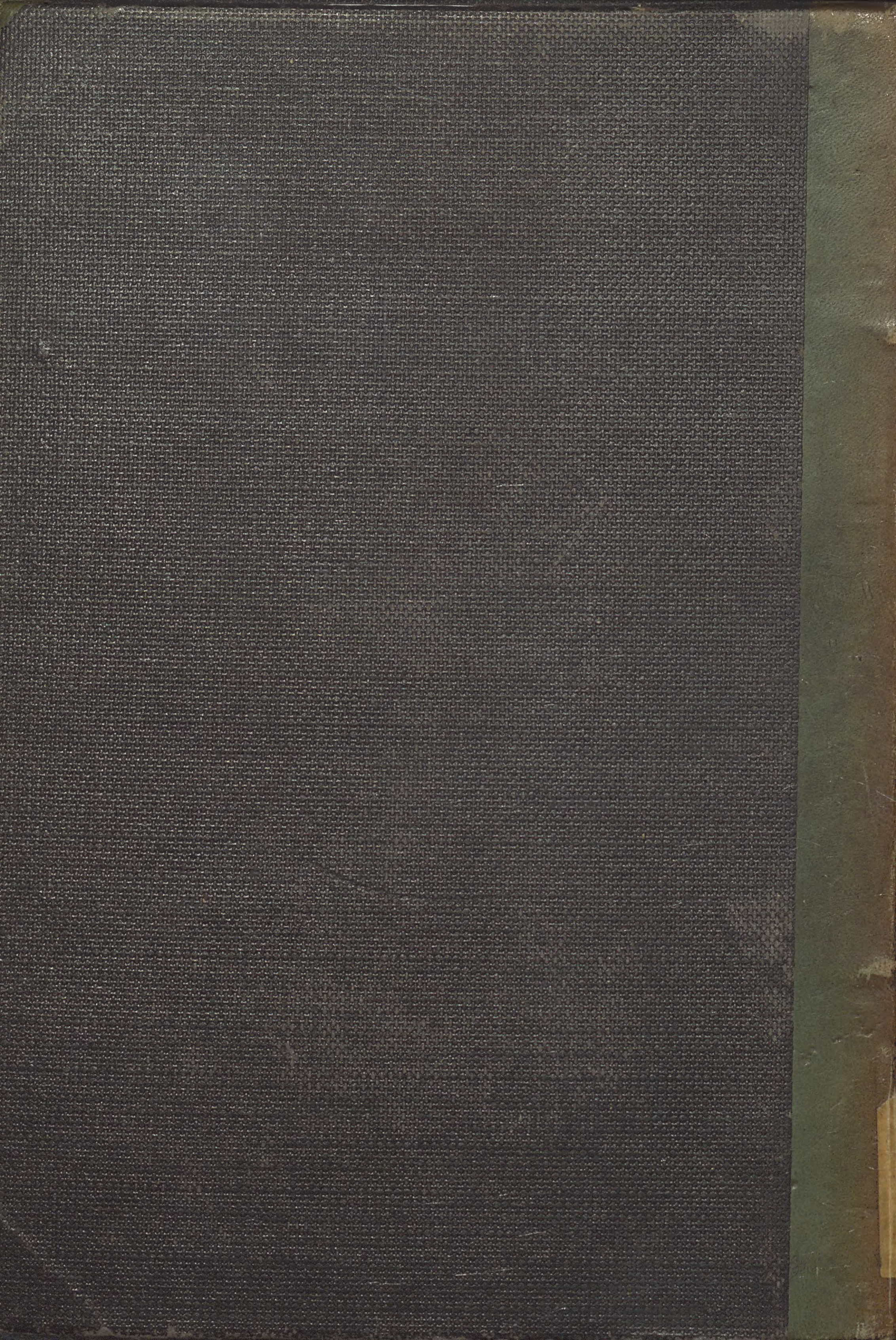
FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE.

LIBRO SEGUNDO.




Biblioteca
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA
601306258



PASTOR
DERECHO
ROMANO

70

PARTE 3.
1

FACULTAD DE
DERECHO


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm